



HAL
open science

Le corps en droit pénal

Camille Kurek

► **To cite this version:**

Camille Kurek. Le corps en droit pénal. Droit. Université Jean Moulin Lyon 3, 2017. Français.
NNT: . tel-02009668v2

HAL Id: tel-02009668

<https://theses.hal.science/tel-02009668v2>

Submitted on 18 Feb 2019

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

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



N° d'ordre NNT : 2017LYSE3075

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

opérée au sein de
L'université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de Droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit
Spécialité : Droit pénal et sciences criminelles

Soutenue publiquement le 12/12/2017 à 14h par :

Camille KUREK

Le corps en droit pénal

Devant un jury composé de :

Madame Audrey DARSONVILLE,

Professeur à l'Université de Lille 2, *Rapporteur*

Madame Valérie MALABAT,

Professeur à l'Université de Bordeaux, *Rapporteur*

Monsieur Grégoire LOISEAU,

Professeur à l'Université de Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Monsieur Patrick MISTRETTA,

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3), *Directeur de thèse*

Monsieur Xavier PIN,

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à M. le Professeur Mistretta, pour m'avoir confié ce magnifique sujet et m'avoir fait confiance durant toutes ces années. Je le remercie pour son soutien, sa bienveillance et sa disponibilité.

Mes remerciements vont ensuite à M. le Professeur Pin, pour ses précieux conseils.

Je remercie également Lise et Maria, pour leur aide et leur gentillesse.

Le travail de thèse a ceci de paradoxal qu'il ne peut être mené à bien que dans une solitude accompagnée. Aussi, je tiens à remercier toutes les personnes qui ont croisé mon chemin, de près ou de loin et qui en ont permis l'aboutissement.

A ma mère, pour sa présence, pour n'avoir jamais douté et pour nous avoir transmis la persévérance indispensable à cet exercice. A Igor et Elena, aveugles soutiens de ce choix relativement étonnant.

A mes amis de toujours : à Marie et Clémence, Elsa L., Sarah, Elsa B. et Jean-Philippe pour leur sens de l'évidence et leur soutien qui se passe de mots.

Mes remerciements particuliers vont à Cécile pour sa patience et son soutien quotidiens. A Kevin et Margaux, mes irremplaçables, pour leur précieux investissement et pour les nombreuses discussions qui ont enrichi mon travail chaque jour davantage. A l'irréductible Françoise, à Audrey et Maxime, doctorants venus d'ailleurs pour leur soutien et tous ces bons moments.

A ma promotion, qui s'est agrandie au fil des années et sans qui cette aventure ne m'aurait pas laissé d'aussi bons souvenirs. A tous mes précieux relecteurs enfin, car tout est détail.

Liste des principales abréviations

Sources du droit

Art. : article

CCNE : Comité consultatif national d'éthique

CDHB : Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine)

CESDH : Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CGI : Code des impôts

CIDE : Convention internationale des Droits de l'Enfant

CNCDH : Commission Nationale consultative des Droits de l'Homme

CSP : Code de la santé publique

DC : Décision

DUGHDH : Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme.

Publications

AJ famille : Actualité Juridique Famille

AJ Pénal : Actualité Juridique Pénal

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin des arrêts des Chambres criminelles de la Cour de cassation

D. : Recueil Dalloz

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

J.-Cl. : Juris-Classeur (encyclopédies)

JCP A : Semaine juridique, édition administratif

JCP G : Semaine juridique, édition Générale

JCP N : Semaine juridique, édition Notariale et Immobilière

JORF : Journal officiel de la République française

LPA : Les petites affiches

RDC : Revue des contrats

RDI : Revue de droit immobilier

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

Rép. Civil Dalloz : Répertoire civil Dalloz

Rép. Pén. Dalloz : Répertoire pénal Dalloz

RFDA : Revue française de droit administratif

RGDM : Revue générale de droit médical

RLDI : Revue Lamy droit immatériel

RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal

RRJ : Revue de la recherche juridique

RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

Juridictions

Ass. plén. : Assemblée plénière

CA : arrêt d'une cour d'appel

CAA : arrêt d'une cour administrative d'appel

Cass. ass. plén. : arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte : arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. civ. : arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. crim : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. req. : arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Cons. const. : Décision du Conseil constitutionnel

Cour. ass. : arrêt d'une cour d'assises

CE : arrêt du Conseil d'État

CE Ass. plén. : arrêt de l'Assemblée plénière du Conseil d'État

CEDH : arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

Ch. instr. : Chambre de l'instruction

CJR : Cour de justice de la République

CJUE : Jugement de la cour de justice de l'Union européenne

Trib. corr. : jugement d'un tribunal correctionnel

TA : jugement d'un tribunal administratif

Abréviations usuelles

Al. : alinéa

Arrêt préc. : arrêt précité

Art. cit. : article cité

Art. précit. : article précité

Chron. : chronique

Cf. : *confer*

Concl. : conclusions

Contra : en sens contraire

Comm. : commentaire

Ed. : édition

Ex. : exemple

Fasc. : fascicule

Jurispr. : jurisprudence

Ibid. : au même endroit

In : dans

Lato sensu : au sens large

Léisl. : Législation

Obs. : observations

Op. cit. : *opere citato* : dans l'ouvrage précité

Somm. : sommaire

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	5
SOMMAIRE.....	1
INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 : LE CORPS DÉVOYÉ PAR LE DROIT PÉNAL.....	27
Titre I : Le corps méconnu par le droit pénal.....	29
Chapitre 1 : Le corps, présomption de valeur sociale protégée.....	31
Chapitre 2 : Le corps, support de valeurs sociales protégées.....	83
Titre II : Le corps malmené par le droit pénal.....	153
Chapitre 1 : Le droit pénal inadapté au corps personnifié.....	155
Chapitre 2 : Le droit pénal inadapté au corps dépersonnalisé.....	215
PARTIE 2 : LE CORPS RENOUVELÉ PAR LE DROIT PÉNAL.....	267
Titre I : Le corps personnifié.....	269
Chapitre 1 : Le renforcement de la répression des atteintes non consenties.....	271
Chapitre 2 : Le renforcement de la justification des atteintes consenties.....	337
Titre II : Le corps réifié.....	417
Chapitre 1 : La qualification juridique du corps réifié.....	419
Chapitre 2 : Le droit pénal des biens humains.....	495
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	543
BIBLIOGRAPHIE.....	549
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	591
INDEX ALPHABETIQUE.....	615

INTRODUCTION

1. L'évidence du corps – Rien ne relie autant les Hommes que ce corps dont aucun ne peut se départir. Ce corps est d'une telle évidence qu'à première vue, il n'interroge pas. Il est une demeure innée tant la personne, ou plus généralement l'humain, est dotée d'un corps. Pour celui qui observe et s'attèle à définir le rapport qu'il entretient avec son corps, l'évidence devient contradictions. Le corps est la personne, la personne est son corps, mais pourtant il se distingue d'elle. « Il est à mes côtés plutôt qu'à côté de moi ; il n'est pas devant moi, il est avec moi. Je ne peux ni l'exposer ni le poser face à moi, je ne peux que composer avec lui »¹. Si le corps relève de l'acquis il paraît évident que le droit, et particulièrement le droit pénal s'en saisit. En effet, le corps peut être à l'origine d'un trouble à l'ordre public en ce sens qu'il est créateur d'instincts à détourner, de pulsions à canaliser et d'atteintes à réprimer. En réalité, le corps est une dimension de la société que le droit pénal s'efforce de réguler, peut-être plus que tout autre objet. Il faut ajouter à cela que cet enchevêtrement avec la personne humaine contribue à l'inclure dans la sphère pénale, sa protection constituant un des objectifs principaux du législateur². Partant, cette étude consiste à mettre au premier plan un objet qui semble *a priori* destiné à rester au second.

Pourtant, la seule évocation du corps intrigue, ne serait-ce que par son pouvoir évocateur. C'est sur cette évidence teintée d'incertitudes que cette étude s'est construite. Il convient alors d'en présenter l'objet (§1) ainsi que la démarche (§2).

¹ R. BARBARAS, « De la phénoménologie du corps à l'ontologie de la chair », in J.-CH. GODDARD et M. LABRUNE (dir.), *Le corps*, p. 207 s., spéc. p. 242. Parmi les nombreux ouvrages consacrés au corps, voir par exemple X. DIJON, *La raison du corps*, Bruylant, 2012 ; U. GALIMBERTI, *Les raisons du corps*, Grasset et Fasquelle, 1998 ; J.-CH. GODDARD, *Le corps*, J. Vrin, 2005 ; F. HOFSTEIN, *L'amour du corps*, O. Jacob, 2005 ; CH. JACQUET, *Le corps*, PUF, 1^{ère} édition, 2001.

² Pour davantage de développements, voir *infra* n° 130 s.

§ 1 - L'objet de l'étude

Il est des notions dont on croit connaître le sens, mais qui se révèlent obscures dès qu'il faut les exprimer. Objet de réflexion inépuisable, le corps humain est à l'origine de quantité d'études car il transcende toutes les disciplines. Le corps alimente les interrogations et nourrit les réflexions philosophiques, sociologiques, psychologiques, anthropologiques et se trouve bien sûr au cœur de la médecine. Aussi sera-t-on contraint à exposer de façon non-exhaustive les diverses perceptions du corps au risque d'en dire trop peu, mais dans la perspective de le libérer de ses incertitudes.

Afin d'identifier ces multiples aspects, il est nécessaire dans un premier temps de définir la notion de corps humain (**A**). Dans un second temps, il faudra déterminer les différentes perceptions auxquelles il renvoie (**B**).

A. La notion de corps

2. L'impossible définition du corps ? – La notion de corps humain semble bien trop vaste pour faire l'objet d'une définition unique. D'ailleurs, le droit ne s'est pas saisi de la question, ce qui est peu surprenant puisqu'il a parfois pour objet des notions dont la définition ne peut que relever d'autres disciplines. À tout le moins peut-on, dans un premier temps, le définir dans sa dimension la plus stable et la plus saisissable, à savoir sa dimension biologique. Le corps humain est de chair et se compose d'une multitude d'éléments qui forment une cohésion organique. Perçu comme tel, le corps humain renvoie alors à ce qui est, ce qui deviendra, mais également à ce qui n'est plus. Il n'est alors pas impossible de définir le corps, mais, en revanche, l'identification du moment précis où il est possible d'affirmer que l'être humain a un corps semble vouée à l'échec. Il n'est pas opérant de s'en tenir aux caractéristiques principales du corps, c'est-à-dire les quatre membres, le crâne et les organes principaux, car comment délimiter le moment où il sera possible de certifier de leur existence au regard de leur évolution permanente ?

En réalité, le corps humain est en mutation perpétuelle, de la première cellule de vie jusqu'aux dernières poussières. Seules les apparences qu'il adopte se modifient, mais le corps reste un corps, de sa conception jusqu'à l'achèvement de sa désagrégation. Ainsi, il peut être

considéré que l'ovocyte fécondé constitue la première forme du corps et le cadavre devenu poussière ou cendres, sa dernière expression. Il peut alors être extrait de cette première esquisse que le corps humain, pris en son sens biologique, est un assemblage d'éléments organiques en perpétuelle évolution et qui forme un ensemble appartenant au genre humain. Toutefois, ces éléments de définition ne sauraient suffire, car le corps humain se présente sous différentes formes dont il faut dessiner les contours.

3. Le corps ou les corps ? – Le corps peut en effet être animé par la vie, mais également devenir cadavre ou cendres. Il peut être perçu comme un tout, mais aussi sous l'angle des éléments organiques qui le composent, qui peuvent se désunir et être appréhendés en tant que tels. Dans le processus qui caractérise son évolution, il faut distinguer tout d'abord le corps en formation³, qui s'entendra de la première cellule de vie jusqu'à la naissance. Ce seuil paraît quelque peu arbitraire, mais la naissance correspond à l'apparition de l'enfant au monde, lequel doit désormais exister en dehors du corps de sa mère. Jusqu'à cet événement, l'embryon et le fœtus existent mais ne sont pas visibles, en dehors des échographies. Le corps en formation fera donc référence au fœtus, à l'embryon conçu *in utero*, mais également *in vitro*. Ensuite, et sans entrer dans les controverses que suscite la notion de personne humaine, seront pris en compte les critères de la naissance et de la vie retenus par le droit positif⁴ pour désigner le corps de la personne, dorénavant appréhendé sous la qualification de corps personnifié. Au-delà, les fonctions biologiques du corps peuvent prendre fin. Le corps dont la vie s'est éteinte adopte différentes formes. Le cadavre est en décomposition permanente jusqu'à n'être plus que poussière ou devenir cendres. Ces deux dimensions seront qualifiées de dépouille mortelle ou de corps en décomposition. Enfin, les éléments et produits qui composent le corps peuvent en être séparés. Ceux-ci sont variés et le contenu de cette catégorie ne pourra être présenté que de façon non-exhaustive. L'hypothèse recouvre ainsi les organes, les tissus, les cellules, le sang, les cheveux, mais aussi les membres amputés. De manière générale, tout élément ou produit du corps humain, en vie ou non et détaché de lui, se trouve inclus dans cette catégorie.

³ Au regard de l'exposé précédent consistant à démontrer que le corps est en formation permanente, ce terme peut prêter à confusion. Il sera désormais utilisé en référence au corps humain avant la naissance, seul terme à même de différencier le corps humain avant et après la naissance. Les termes de « corps en gestation » auraient pu être employés comme un terme générique, mais ils ne recouvrent pas l'embryon conçu *in vitro* et non implanté dans l'utérus de sa mère.

⁴ Voir *infra* n° 55 s.

Il résulte de ces premiers développements que le corps humain constitue un assemblage d'éléments organiques et se présente sous quatre formes. Toutefois, il ne peut être réduit à cette définition car le corps ne peut être envisagé seul, au risque de voir l'intérêt de l'étude considérablement réduit. S'interroger sur le corps n'est finalement porteur de sens qu'en raison de son inhérence à l'humain. Or, l'humain est plus qu'un corps et interagit avec le monde de différentes manières, lui conférant ainsi plusieurs dimensions.

B. Les perceptions du corps

Les différentes perceptions du corps font écho à toutes les significations qu'il peut revêtir et qui peuvent conduire à le déprécier, à le sublimer ou encore à en faire un instrument aux utilités diverses. Bien qu'il soit inéluctable, le lien qu'il entretient avec la personne gouverne parfois sa mise en retrait. En effet, la personne apparaît comme un tout qui comprend le corps mais qui ne se résume pas uniquement au corps. À l'inverse, l'étude de ces différentes significations conférées au corps humain révélera que ce dernier peut parfois être un moyen, ce qui exhorte à l'observer non pas au travers de la personne, mais en lui-même, pour ce qu'il représente.

Ces multiples aspects confortent les contradictions du corps, parfois confondu avec la personne, parfois dissocié d'elle. Il sera ainsi démontré que le corps peut être occulté par l'esprit (1), ou à l'inverse, appréhendé en lui-même au regard des différentes fonctions qu'il occupe (2).

1) *Le corps occulté par l'esprit*

4. Le corps dissocié de l'esprit – Les différentes études dont le corps peut faire l'objet, notamment celles des philosophes, ou les fonctions instinctives qui le caractérisent ont parfois conduit à le dévaloriser. La religion chrétienne l'a par exemple abordé avec mépris. Source des instincts et des pêchés, le corps humain est dévalué à la faveur de l'âme, qu'il faut à tout prix conduire au paradis. Les philosophes ont eux aussi pu déprécier le corps, essentiellement car l'esprit était considéré comme supérieur en ce qu'il permet d'accéder à la connaissance, contrairement au corps qui n'a d'autre utilité que de véhiculer la personne. Parmi les nombreux

philosophes qui se sont penchés sur la question, PLATON considère par exemple que le corps est le « tombeau de l'âme »⁵. Par ses instincts et ses pulsions, il se révèle corruptible et cette obsession de l'homme pour la faim, la soif, ou encore le désir charnel, enterre l'âme qui elle seule est à même d'apporter la connaissance⁶. Le corps exige du philosophe qu'il se détourne de la recherche de la vérité⁷. Les réflexions qui ont nourri le XVII^{ème} siècle vont en ce sens, seule comptait l'âme, dont il n'est que le support. DESCARTES, SPINOZA ou LEIBNIZ, pour ne s'en remettre qu'aux principaux penseurs, opéraient une évidente dissociation entre l'âme et le corps. La conception dualiste de DESCARTES implique de les appréhender comme deux substances ayant des attributs différents et évoluant en complète autonomie. Le philosophe ne remet cependant pas en question l'existence d'une union entre l'âme et le corps, contrairement à SPINOZA. Pour ce dernier, la distinction entre l'âme et le corps est si nette qu'il réfute la possibilité d'une simple interaction entre ces deux éléments⁸. L'âme et le corps seraient deux expressions de la personne, mais qui n'interagissent pas. En conséquence, la question de la dualité corps-âme n'a pas à être soulevée. Enfin, LEIBNIZ va au-delà en distinguant également ces deux composantes, mais en percevant le corps humain comme une machine⁹. Cette dichotomie de l'âme et du corps conduit en réalité à déprécier ce dernier qui ne serait finalement, selon D. LE BRETON, qu'un « automate mû par une âme »¹⁰. Il découle en effet de cette distinction un obstacle fondé sur l'union irréfutable de l'âme et du corps, phénomène conditionnant l'existence de l'Homme. Il devient selon ce prisme impossible de comprendre comment le corps de l'Homme peut être uni avec son esprit¹¹. Or, si le corps est envisagé indépendamment de l'esprit de la personne qui l'habite, « tout progrès dans la connaissance du

⁵ P. COURCELLE, « Le corps-tombeau (Platon, *Gorgias*, 493 a, *Cratyle*, 400 c, *Phèdre*, 250 c) », in *Revue des études anciennes*, 1996, n° 1-2, p. 101 s., spéc. p. 101. Voir également S. ROUX, « Le statut du corps dans la philosophie Platonicienne », in J.-CH. GODDARD (dir.) *Le corps, op. cit.*, p. 11 s.

⁶ PLATON, *Phédon*, 66 b 8-c 6, évoqué par S. ROUX, *ibid.*, p. 31.

⁷ *Ibidem*.

⁸ SPINOZA, *Ethique II*, Proposition n° 2 : « ni le corps ne peut déterminer l'âme à penser, ni l'âme le corps au mouvement ou au repos ou à quelque autre manière d'être que ce soit s'il en est quelque autre ». L'argument principal de l'auteur tient au fait qu'il n'a jamais pu être vérifié ce qu'il adviendrait d'un corps livré à lui-même. La nature humaine comporterait peut-être bien plus de ressources qu'elle n'y paraît, en témoignent les actes de somnambules durant leur sommeil.

⁹ LEIBNIZ, *Système nouveau de la nature et de la communication des substances*, (1695), Présentation et notes de CH. FREMONT, Garnier-Flammarion, 1994, p. 73 s. Pour une critique de la théorie de DESCARTES, voir notamment LEIBNIZ, *Essais de Théodicée*, (1710), Présentation et notes de CH. FREMONT, Garnier-Flammarion, 1969, p. 138 s.

¹⁰ D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, 2008, p. 97.

¹¹ CH. RAMOND, « Sur quelques problèmes posés par la conception mécaniste du corps humain au XVII^{ème} siècle », in J.-CH. GODDARD (dir.) *Le corps, op. cit.*, p. 169 s., spéc. p. 101 s., spéc. p. 114.

corps humain sembl[e] devoir être payé d'un recul »¹². Il faut ainsi envisager une association entre les deux, qui se révélera davantage productive.

5. Le corps associé à l'âme – L'éminence qui sera plus tard accordée au corps humain commença à se dessiner dès lors qu'il fut associé à l'âme, ce qui conforte l'idée que le corps seul n'a pas de sens. Au XVIII^{ème} siècle, DIDEROT, par exemple, appréhendera la notion de corps sous l'angle des sens, et particulièrement celui de la vue pour expliquer en quoi le corps est lié à la morale¹³. Ainsi, l'aveugle n'a que faire de l'exhibition sexuelle mais sera en revanche intransigeant sur le vol au regard de la facilité avec laquelle ses biens peuvent lui être dérobés. La hiérarchie des valeurs varie en fonction de l'acuité d'un être, ce qui fait dire à DIDEROT que la morale est conditionnée par le corps¹⁴. Au XIX^{ème} siècle naissent les prémisses de la conception moderne du corps, notamment sous la plume de NIETZSCHE. Le philosophe entreprend de remanier tout le statut du corps. Les philosophes se sont selon lui défiés du corps en raison de la complexité de la question¹⁵ et ont commis l'erreur de réfléchir à partir de la pensée, autrement dit du plus complexe¹⁶. Il reconnaît les éléments constitutifs du corps humain comme relevant du vivant et représentant la concrétisation d'une solidarité organique, dans laquelle chaque pièce dépend de l'autre et la conditionne. Le point central de la théorie de NIETZSCHE est que le corps est un langage. Tous ces éléments communiquent entre eux et il les qualifie de « petites âmes »¹⁷, la physiologie s'appréhendant pour lui comme un langage. Il substitue alors au problème précédent de l'union de l'âme et du corps une communication « physio-psychologique »¹⁸. L'esprit peut être pensé comme « une sorte d'organe du corps, à condition de donner à la notion d'organe le sens étendu que lui confère Nietzsche »¹⁹.

En réponse à l'échec d'une dissociation entre l'âme et le corps, une démarche inverse sera initiée. Celle-ci conduit à le reconnaître progressivement comme un accessoire de la

¹² CH. RAMOND, « Sur quelques problèmes posés par la conception mécaniste du corps humain au XVII^{ème} siècle », art. préc., spéc. p. 101 s., spéc. p. 105.

¹³ DIDEROT, *Lettres sur les aveugles à l'usage de ceux qui voient. Lettres sur les sourds et muets à l'usage de ceux qui entendent et qui parlent*, présentation, notes, dossier, chronologie, bibliographie, M. HOBSON et S. HARVEY, Garnier-Flammarion, 2000.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ P. WOTLING, « L'analyse Nietzschéenne du corps », in J.-CH. GODDARD (dir.) *Le corps, op. cit.*, p. 169 s., spéc. p. 170.

¹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 176.

¹⁷ NIETZSCHE, *Par-delà bien et mal*, traduit par P. WOTLING, GF-Flammarion, 2000, spéc. § 19, évoqué par P. WOTLING, *ibid.*, spéc. p. 183.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 185.

personne, sinon comme son complément. Plus encore, même si l’empreinte de la personne ou plus généralement de l’humain demeure, il apparaît que le corps humain peut être perçu en tant que tel. Il peut être appréhendé non pas comme une composante de la personne, mais comme un outil au service de cette dernière. Ainsi, le corps est élevé au premier plan dans certaines analyses, au travers des fonctions qu’on lui prête.

2) *Les fonctions du corps*

La personne comporte une dimension individuelle, car chacune se singularise par des traits qui lui sont propres. Elle entretient un rapport exclusif avec son corps. Au-delà, elle revêt également une dimension collective, car chaque individu est membre d’une société, et le rapport au corps en est imprégné. Le corps humain revêt en effet une fonction sociale (**a**), mais également une fonction individuelle (**b**).

a) **La fonction sociale du corps**

6. Corps et travail – Il n’est pas surprenant que le corps humain constitue un formidable outil de production au vu de ses nombreuses capacités. Celles-ci peuvent être exploitées de différentes manières, qui témoignent des caractéristiques de la société concernée. L’esclavage représente la forme la plus extrême de l’exploitation des corps, qui ne sont réduits qu’à des objets de travail et de servitude. Cette instrumentalisation du corps s’accompagne inévitablement de celle de l’humain qui l’habite. L’esclave est un corps avant de constituer un être humain, un corps dont l’énergie est exploitée jusqu’à son dernier souffle.

Encouragée par les capacités du corps qui font de lui un outil de travail inégalable, cette instrumentalisation a traversé les époques et a évolué au gré des sociétés. La force de travail qu’il offre lui permet de concevoir, construire et concrétiser, ce qui engendre une productivité fructueuse. Cependant, la « puissance technique du corps », soit « la force d’agir qui lui permet de transformer la nature environnante à son usage et à son image »²⁰, le conduit à façonner « de nouvelles techniques qui vont à leur tour engendrer de nouveaux désirs »²¹. Cette puissance de

²⁰ CH. JACQUET, *Le corps, op. cit.*, p. 200. Pour un ouvrage de référence, voir M. MAUSS, « Les techniques du corps », in *Sociologie et anthropologie*, p. 378 s., évoqué par CH. JACQUET, *ibid.*, p. 191.

²¹ *Ibid.*, p. 200.

travail génère alors une utilité sociale en ce sens qu'elle rend l'évolution possible et suscite inévitablement l'intérêt de l'entreprise et de l'État. FOUCAULT²², et MARX²³ avant lui, considère que le corps du travailleur est un outil de production, fruit d'un façonnage systématique. La théorie de MARX repose sur le fait que le corps du travailleur est aliéné, maîtrisé par l'entreprise qui l'utilise et le façonne, mais dans une ampleur contenue de sorte à ce que la production puisse perdurer. Il est de ce fait acquis que l'exploitation pondérée du corps conduit à une plus grande productivité, mais le spectre de l'esclavage demeure²⁴. FOUCAULT reprend cette théorie et l'étend à toute relation de pouvoir entre l'individu et la sphère administrative et politique²⁵. Le contrôle des corps est, selon lui, permanent et s'insinue partout où les pouvoirs interviennent. Il qualifie cette relation de « biopouvoir »²⁶, qu'il définit comme l'emprise de l'État sur l'individu qui trouve sa source dans le travail du corps. Cette idée se retrouvera dans les développements à venir, par exemple au travers du contrôle de la sexualité découlant du rapport de l'État à la prostitution²⁷. FOUCAULT applique cette théorie notamment au système carcéral, qui consiste à surveiller les corps²⁸. Ils constituent en effet des objets de répression, qui témoignent ici aussi de l'évolution de la société. Le traitement du corps ainsi que la considération accordée à la personne sont interdépendants. Toutefois, quelles que soient les époques, le corps humain demeure un objet de répression. Objet de supplices ou moyen d'enfermer l'individu, il représente un instrument de mise en œuvre de la sanction.

7. Le corps objet de répression – Le corps humain a été au centre de la sanction jusqu'à ce que la peine devienne peu à peu tournée vers les esprits. Les lésions corporelles ont ceci de notable qu'elles peuvent adopter des formes et des fonctions diverses. De façon primaire, à

²² Voir notamment M. FOUCAULT, *Surveiller et punir* (1975), Gallimard, 2003.

²³ K. MARX, *Manuscrits de 1844*, Editions Sociales, 1972 ; *Travail salarié et capital. Salaire prix profit*, Editions Sociales, 1985 ; *Le Capital*, Editions Sociales, 1976. Sur la fonction sociale du travail, pour un ouvrage de référence, voir E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 2013.

²⁴ ROUSSEAU considérait par ailleurs que de manière générale l'Homme grandit dans l'esclavagisme des institutions et ce dès l'enfance, voir J.-J. ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, Livre I, Garnier-Flammarion, 2009.

²⁵ Sur le rapport entre l'État et l'individu dans le cadre de la prison, voir *infra* n° 7.

²⁶ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité. Tome I : La volonté de savoir*, Gallimard, 2000, p. 179 s. évoqué par M. MERLIN, « Foucault, le pouvoir et le problème du corps social », *Idées économiques et sociales*, vol. 155, n° 1, 2009, p. 51 s., spéc. p. 57.

²⁷ Voir *infra* n° 395 et 403.

²⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir* (1975), *op. cit.*, spéc. Chapitre I : « Supplice ».

l'origine de l'adage « œil pour œil, dent pour dent » la loi du talion²⁹ consistait, pour la victime, à infliger à son bourreau ce qu'elle avait subi. S'appuyant sur les besoins primaires du corps, le droit pénal romain punissait le meurtre de la peine capitale ou en privant d'eau le corps du condamné. Une autre fonction du corps humain, qui a évolué sans toutefois disparaître comme en témoignent les techniques scientifiques, est de servir à la preuve de la culpabilité. Ainsi, au XII^{ème} siècle les accusés se purgeaient et juraient leur innocence en prêtant le serment de l'ordalie. Si toutefois la partie adverse prêtait le serment inverse, il fallait recourir à des épreuves ordaliques, considérées comme le jugement de Dieu et dont le but était de vérifier si l'une des parties s'était parjurée. Ces épreuves mettaient en scène le corps qui, par sa résistance à la douleur, témoignait d'un éventuel parjure³⁰.

À partir du XIII^{ème} siècle les peines corporelles connurent un véritable essor et, surtout, relevaient du spectacle³¹. Cette mise en scène macabre permettait au pouvoir d'asseoir sa domination en associant la foule à la violence et à l'humiliation subies par le condamné. Dans ces rituels où coulait le sang la société retrouvait vigueur et formait un instant « un grand corps unique »³². La peine de mort, le fouet, l'écartèlement, le bûcher ou encore le marquage au fer rouge étaient exécutés sur la place publique au moment le plus susceptible de rassembler toute la population. La symbolique de la peine atteignait par ailleurs son paroxysme lorsque les condamnations étaient prononcées par contumace. En effet, à défaut de corps un mannequin de paille auquel on dessinait un visage était décapité ou jeté au bûcher. Il s'agissait alors autant de punir que de dissuader³³. Pour reprendre les termes de FOUCAULT, « le supplice ne rétablissait pas la justice, il réactivait le pouvoir »³⁴.

²⁹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^{ème} édition, 2006, p. 27 s. Sur le droit pénal et le système judiciaire romain, voir notamment E. CHEVREAU et J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, LGDJ, 2014 ; M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 1997. Plus généralement, sur les châtements corporels et leurs fonctions, voir M. FOUCAULT, *Surveiller et punir* (1975), *op. cit.*, spéc. Chapitre IV : « Prison ».

³⁰ Voir notamment J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 89. Ainsi, l'ordalie consistait principalement en l'épreuve de l'eau bouillante, du fer rouge, de l'eau froide et de la croix. La première consiste par exemple pour l'auteur du serment à plonger sa main dans un chaudron rempli d'eau bouillante afin d'y retirer un anneau ou une pierre. La main était aussitôt placée dans un sac de cuir par les juges et celui-ci était ouvert trois jours après. Si l'évolution de la brûlure n'était guère encourageante l'auteur était considéré comme un impur.

³¹ *Ibid.*, p. 290.

³² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir* (1975), *op. cit.*, p. 252.

³³ Pour de plus amples développements, voir notamment J. IMBERT et G. LEVASSEUR, *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, Hachette, 1972 ; A. LAINGUI et M. CREPIN, « La philosophie du droit pénal du moyen âge à l'époque moderne », *RIDP* 1979, p. 613 s. ; M. RATEAU, « Les peines capitales et corporelles en France sous l'Ancien Régime », in *Annales internationales de criminologie*, 1963, p. 276 s.

³⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), *op. cit.*, p. 53.

FOUCAULT constatera une évolution considérable de la peine à partir de la Renaissance car les châtiments corporels sont quasiment abandonnés. Il s'installe selon l'auteur « une nouvelle relation entre le corps et le châtement »³⁵. La fonction de la peine reste dissuasive et punitive mais le châtement corporel n'est plus au centre de la sanction. Le corps n'est plus l'instrument de la sanction en ce sens qu'il ne subit plus de lésions mais il reste tout de même au cœur de la peine de prison, qui consiste à l'enfermer et le surveiller. Ainsi, la peine n'est plus spectacle mais surveillance et dressage³⁶. L'observation des condamnés et de leur conduite nécessite une surveillance permanente qui, elle, aboutit à un contrôle des corps. L'emprisonnement rassemble tout autant le corps social dans la peur de cette sanction et dans la mésestime des condamnés. Le contrôle du corps semble en réalité occuper des fonctions identiques selon les époques, indifféremment des modalités de la peine. La peine centrée autour du corps humain comporte ceci de puissant et de dissuasif, que, puisque le corps est une composante de tout individu, chacun s'identifie au condamné.

Il résulte de ces développements que le corps humain revêt une fonction sociale en ce sens qu'il rassemble les individus. Il reflète, selon les utilités qu'on lui prête dans le cadre du travail et de la répression, une cohésion d'ensemble. Cependant, le corps social est composé de corps humains, chacuns rattachés à une personne qui peut alors interagir avec le monde, ce qui met en lumière la fonction individuelle du corps.

b) La fonction individuelle du corps

8. La personne dans le rapport à son corps – La société contemporaine témoigne d'une véritable prise en considération du corps. Le corps est inhérent à la personne tout en étant dissocié d'elle, en ce sens qu'il peut être observé en lui-même. Il reflète les préférences, trahit les émotions, illustre les goûts et extériorise, de manière générale, le moi intérieur. Le corps comporte ainsi une puissance esthétique³⁷ au travers des vêtements, du maquillage, des bijoux, des accessoires divers, ce qui peut lui conférer une dimension artistique. Le corps peut en effet être le terrain de l'art. Les *Body Artists*, par exemple, aspirent à une maîtrise de leur corps, à un

³⁵ *Ibid.*, p. 17.

³⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), *op. cit.*, p. 252.

³⁷ Voir notamment CH. JACQUET, *Le corps*, *op. cit.*, p. 209 s.

dépassement d'eux-mêmes par ce biais³⁸. L'art charnel vise à la sublimation du corps par sa modification, notamment à l'aide de la chirurgie³⁹. Le corps traduit également le mal-être de la personne qui l'habite. Scarifications, troubles alimentaires et somatisations sont bien souvent la manifestation physique de la douleur de l'âme.

Le rapport de la personne à son corps se traduit particulièrement par la maladie. Le corps est en souffrance, se désagrège et renvoie à un sentiment d'impuissance face à ce bouleversement dont les règles ne sont gouvernées que par le corps lui-même. Une relation teintée d'incompréhension s'installe alors entre le patient et ce corps dont il aimerait parfois se défaire. Parallèlement, la médecine en prend le contrôle et tente inlassablement, souvent avec succès, de mettre un terme à la maladie. Les progrès de cette science modifient par ailleurs le rapport au corps, dont les défaillances sont de moins en moins acceptées. Ainsi, ce dernier ne peut plus mourir sans que cet événement naturel soit ressenti comme un échec.

9. La personne dans le rapport à l'autre – Le rapport au corps se dédouble car s'il constitue ce qu'il y a de plus intime à la personne, il est également ce qu'il y a de plus exposé. Le corps est le moyen d'apparaître à autrui et à autrui d'apparaître à l'autre. Ainsi, D. LE BRETON explique qu'il existe une « clôture du sujet sur lui-même »⁴⁰. Le corps apparaît comme une frontière entre chaque individu et les isole ainsi les uns des autres tout en organisant leur interaction. Chaque personne peut alors s'opposer à l'intrusion de l'autre dans cette sphère privée ou, au contraire, en exprimer le souhait. Ceci ne s'applique cependant pas à tous les corps puisque ces facultés ne peuvent qu'appartenir à l'être en vie, ce qui nécessitera une intervention extérieure pour défendre les êtres qui ne sont plus. De même, le nourrisson ne peut pas s'opposer à une interaction avec l'autre, auquel il se voit contraint de laisser une place. Il en ressort que la protection du corps n'est pas, dans cette configuration, dépendante de la qualification de personne humaine. Lorsque l'individu n'est plus le corps existe pour lui-même, ce qui rejoint par ailleurs la symbolique des morts dans chaque société.

³⁸CH. JACQUET, *Le corps, op. cit.*, p. 195 s. L'auteur prend l'exemple de l'artiste Marina Abramovici, qui multiplie les performances consistant à ressentir au maximum des états de fatigue ou de souffrance afin d'être pleinement consciente de son corps et d'elle-même. Ce faisant, l'artiste tient à montrer que la fatigue peut être ignorée ou que la douleur peut être traitée avec dédain, et que les limites du corps peuvent toujours être repoussées.

³⁹ Voir notamment CH. JACQUET, *Le corps, op. cit.*, p. 211 s. L'auteur illustre ses propos avec l'exemple de l'artiste Orlan. Celle-ci va à l'encontre de la théorie selon laquelle il faut s'accepter tel que l'on naît et a subi neuf opérations chirurgicales filmées, dans lesquelles elle se laisse voir à corps ouvert afin de montrer que la frontière entre l'intérieur et l'extérieur peut être franchie et la liberté esthétique sans limites.

⁴⁰ D. LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité, op. cit.*, p. 36.

Avec cette autonomie de volonté coexiste toutefois une dépendance à autrui. Dans la sphère des émotions, l'autre peut humilier comme sublimer le corps. Si la puissance esthétique de ce dernier est par exemple exploitée, ce n'est pas tant pour soi qu'à cause de l'autre et des injonctions sociales dans lesquelles les corps sont enfermés. Le regard de l'autre conditionne le regard de l'individu sur son corps. Physiologiquement ensuite, la procréation dépend par exemple du corps d'autrui. De même, les défaillances du corps ne peuvent parfois être palliées que par le corps d'autrui. Ainsi en est-il du don d'organes. Paroxysme de la dépendance à autrui, la grossesse a ceci de fascinant qu'elle consiste pour un être à se développer au sein d'un autre. L'échographie est « la première rencontre de la mère avec un fœtus [qui est] vu comme un autre à l'intérieur d'elle-même »⁴¹. Autrui est alors soi-même tout en étant autre.

Les nombreuses définitions dont le corps fait l'objet ont en commun qu'elles conçoivent ce dernier par rapport à la personne, car il concrétise une sphère d'appartenance si étroite qu'il est impossible de s'en défaire⁴². En outre, il est apparu que la démarche inverse, celle consistant à séparer le corps et l'esprit, pouvait conduire à une impasse. Les multiples dimensions sociales et individuelles auxquelles il renvoie témoignent toutes de son interdépendance avec la personne. Ce constat semble justifier l'appréhension de ce dernier, par la doctrine et par le législateur pénal, au travers des valeurs sociales rattachées à la dimension physique de la personne. Néanmoins, la tendance s'inverse parfois lorsque le corps humain est mis en lumière indépendamment de la personne, notamment par les fonctions qu'il adopte. Ceci conforte l'intuition qui fonde cette étude, celle d'un corps qui, tout en étant dissimulé derrière l'humain, dispose d'une existence propre dont on peut présumer l'implication en droit pénal.

§ 2 - Champ de l'étude

Cette étude a pour objet d'identifier la manière dont le corps humain est appréhendé par le droit pénal. Dans une démarche comparative, il convient d'analyser la place qu'occupe le corps humain en droit pénal, mais également en droit civil. En effet, puisque ce dernier s'en est saisi il peut constituer un référent pour déterminer dans quelle mesure le droit peut intégrer le corps. L'appréhension de ce dernier ne mobilise pas les mêmes démarches selon les branches

⁴¹ J.-J. COURTINE (dir.), « Le désir et les normes », in *Histoire du corps, Vol. 3, Les mutations du regard*, Seuil, 2006, p. 55.

⁴² U. GALIMBERTI, *Les raisons du corps, op. cit.*, p. 191.

du droit analysées et se révèle ainsi diversifiée (A). Plus particulièrement, le droit pénal semble moins audacieux dans son approche du corps que droit civil et aborde le corps de manière peu satisfaisante (B). Aux termes de ces constats, la démarche adoptée dans cette étude pourra alors être exposée (C).

A. L'appréhension diversifiée du corps humain par le droit

10. La présence du corps dans le Code pénal – Puisque son champ d'intervention est considérable, le droit pénal se saisit du corps de multiples façons. Ce dernier sert par exemple à la preuve scientifique : prélèvements, empreintes, ADN, tests d'alcoolémie ou encore échantillons humains contribuent à la manifestation de la vérité et donnent une véritable fonction au corps humain dans la procédure pénale. De même, il constitue un instrument de mesure de l'interruption totale de travail⁴³, puisque celle-ci se calcule au regard du préjudice psychique mais également physique. La gêne que ressent la victime d'une infraction dans les actes de la vie courante comme les soins personnels, les activités professionnelles, les loisirs ou encore la communication constitue la référence pour établir l'interruption totale de travail. Celle-ci repose alors en partie sur les lésions corporelles et les conséquences qu'elles engendrent, ce qui semble conférer au corps une fonction dans la qualification de l'infraction⁴⁴.

En outre, le droit pénal s'efforce de prévenir et de sanctionner le trouble à l'ordre public, qui survient lors de l'atteinte à une valeur sociale protégée. Les valeurs sociales rattachées à la dimension physique de la personne, à l'instar de la vie ou de l'intégrité physique, sont alors prises en considération par le législateur. Celui-ci érige en incriminations les comportements leur portant atteinte, tels l'homicide, les violences ou encore le viol. Or, le corps *est* la vie et l'intégrité physique. En réalité, le corps humain transcende toutes les valeurs sociales relatives à la dimension physique de l'humain. Au-delà, corps et personne sont entremêlés. En conséquence, si le droit pénal réprime les atteintes à la personne humaine il réprime *de facto* celles qui sont portées à son corps. En outre, certains comportements attentatoires au cadavre⁴⁵

⁴³ Pour davantage de développements, voir *infra* n° 150 s.

⁴⁴ Pour davantage de développements, voir *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

⁴⁵ Voir *infra* n° 298 s.

ainsi qu'à l'embryon⁴⁶ sont réprimés, le droit pénal semblant étendre son champ d'intervention au-delà de la personne humaine.

Néanmoins, si le droit pénal se saisit du corps, il le fait de façon indirecte. Les écrits doctrinaux confirment cette impression selon laquelle la personne prédomine en droit pénal. Les valeurs sociales qui lui sont rattachées suscitent alors davantage l'intérêt de la doctrine que le corps qu'elles dissimulent.

11. Le désintérêt de la doctrine pénaliste pour le corps en lui-même - La doctrine appréhende le corps indirectement, aux termes des atteintes qui lui sont portées ou des valeurs auxquelles il renvoie. Ainsi, son attention s'est tournée vers les infractions sexuelles⁴⁷, la vie⁴⁸, les violences⁴⁹, le consentement⁵⁰ ou encore la dignité⁵¹. Certains travaux proposent d'étudier la personne humaine sous l'angle de plusieurs valeurs comme la vie, l'intégrité physique et la santé⁵², traitant alors ensemble plusieurs dimensions du corps humain. D'autres études frôlent la dissociation du corps et de la personne en se saisissant de l'enfant à naître⁵³ ou de la génétique⁵⁴. Le corps n'a que très rarement constitué l'objet premier d'une étude et, s'il l'a fait, il est abordé de manière circonscrite. En effet, soit il a été étudié dans le cadre du procès pénal et au travers de l'image et de la parole⁵⁵, soit, et il s'agit probablement de la démarche la plus

⁴⁶ Articles 511-15 et suivants du Code pénal.

⁴⁷ Voir notamment J. PERRIN, *Les agressions et atteintes sexuelles en droit pénal français : contribution à l'étude des incriminations et de leur régime*, Thèse, Montpellier, 2012 ; R. TARHINI, *Le sort de la femme auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais*, LGDJ, 2012.

⁴⁸ A. HOUZIAU (dir.) *Doit-on légaliser l'euthanasie ?*, L'Atelier, 2004 ; G. LEVASSEUR, *Suicide et euthanasie au regard du droit pénal*, Lumière et vie, s.d. ; C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, Cujas, 2014 ; M. BOUZAZI, *Protection de la vie en droit pénal médical*, ANRT, 2008.

⁴⁹ Pour les ouvrages et travaux les plus récents, voir Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003 ; M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel : expertises, principes, indemnités*, 2004 ; C. PEREZ-DIAZ, *Violences conjugales : missions et finalité concrète de l'intervention pénale*, L'Harmattan, 2015 ; G. GRECOURT, *L'évolution de la notion de violence à l'aune du droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2012 ; W. HOENIG, *L'infraction passive attentatoire à l'intégrité physique et à la vie des personnes*, Thèse, Nice, 2005 ; A. LEBOEUF, *Analyse critique des violences volontaires*, Thèse, Lille 2, 2014 ; S. SIDOINE, *Le meurtre du nouveau-né : aspects juridiques et criminologiques*, Thèse, Nantes, 2013.

⁵⁰ F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, 2003 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.

⁵¹ N. RAYE, *L'appréhension de la dignité humaine par le droit pénal*, Thèse, Nice, 2008.

⁵² CH. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal : les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, LGDJ, 1987.

⁵³ A.-C. ARRIGHI, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non reconnaissance à la protection*, Thèse, La Rochelle, 2015.

⁵⁴ Voir notamment F. SATTI, *La génétique et le droit pénal*, ANRT, 2004.

⁵⁵ C. TRASSARD, *Le corps du mineur absent du procès pénal : l'éclatement spatio-temporel de la parole et de l'image dans le procès pénal du XXI^{ème} siècle*, Thèse, Nanterre, 2014.

aboutie, en se concentrant sur le corps du mineur⁵⁶. Le lien indissociable qui unit le corps et la personne humaine explique peut-être ce désintérêt de la doctrine pénaliste pour le corps en lui-même. Cette hypothèse expliquerait par ailleurs que le droit civil, qui dissocie corps et personne juridique, l'aborde sous un autre angle.

12. La présence du corps humain dans le Code civil – La primauté de la personne juridique sur la personne humaine aurait pu conduire le droit civil à faire abstraction du corps humain. En effet, contrairement à la personne juridique celui-ci n'a rien d'une fiction et n'est pas titulaire de droits et obligations. Pourtant, le législateur civil s'est explicitement saisi du corps humain. Les articles 16-1 et suivants du Code civil en témoignent. Ils sont la traduction du statut juridique que les lois dites de bioéthique du 27 juillet 1994⁵⁷ confèrent au corps humain. Antérieurement confrontée aux problématiques engendrées par l'utilisation de ce dernier, la jurisprudence avait déjà proclamé le principe d'indisponibilité du corps humain⁵⁸, que les lois de bioéthique ont ensuite restreint au principe de non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments et produits⁵⁹. Le cadavre et les cendres reçoivent quant à eux une protection *a priori* indépendante de la personne puisqu'ils sont perçus comme des objets de respect⁶⁰. Il en ressort que le corps humain fait de prime abord l'objet d'une appréhension autonome, dissociée de la personne, sans pour autant lui être étrangère⁶¹. En réalité, la notion de personne juridique a permis au législateur et à la doctrine civiliste de mettre en œuvre cette démarche.

13. La dissociation civiliste du corps et de la personne – Antérieurement à cette évolution législative le corps humain intriguait déjà la doctrine civiliste, qui lui a consacré de

⁵⁶ B. MARRION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Nancy II, 2010.

⁵⁷ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* du 30 juillet 1994 et Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* du 30 juillet 1994.

⁵⁸ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 (*Alma mater*) ; Y. CHARTIER, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.* 1991, p. 417 s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », *D.* 1992, p. 59 s.

⁵⁹ Article 16-1 al. 3 du Code civil : « Le corps humain, ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Article 16-5 du Code civil : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

⁶⁰ Article 16-1-1 du Code civil : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

⁶¹ Voir *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

nombreuses recherches dans lesquelles il apparaît au premier plan⁶². Le corps est ainsi étudié essentiellement sous l'angle de son statut juridique et sous le prisme des formes qu'il peut adopter, du corps en formation jusqu'au cadavre en incluant ses éléments et produits. Sans doute l'inspiration de ces démarches a-t-elle été facilitée par la dissociation que permet le concept, exclusivement civiliste, de personne juridique avec le corps. Cette dernière n'est en effet qu'une fiction, une dimension abstraite de la personne humaine⁶³. Il est alors aisé de la distinguer de sa dimension de chair et de sang et de dévoiler le corps humain.

De prime abord, la doctrine pénaliste ne l'ignore pas totalement mais l'aborde indirectement, soit au travers de ses fonctions dans la preuve de l'infraction, soit au travers des valeurs sociales protégées. À l'inverse, peut-il faut-il imputer son appréhension indirecte, toujours au second plan, à l'absence de dissociation apparente entre la personne humaine et le corps humain. En outre, si les valeurs sociales jugées fondamentales sont protégées et le trouble à l'ordre public réprimé, ou, en d'autres termes, si cette exigence de protection des valeurs sociales est remplie, nul besoin alors de s'attarder sur le corps en lui-même. Pourquoi, en effet, s'interroger sur sa condition alors que le droit pénal remplit sa fonction ? Toutefois, cette première impression retombée, quelques éléments apparaissent çà et là, insinuant peu à peu le doute. Les valeurs sociales portées par le droit pénal sont-elles réellement protégées ? Si le corps est protégé au travers des valeurs sociales rattachées à la personne pour quelles raisons apparaît-il, dans de rares hypothèses, au premier plan ? L'intuition qui guide les premiers pas de cette étude semble alors se confirmer, car des contradictions se présentent rapidement à qui étudie la cohérence de cette protection.

⁶² X. DUON, *La raison du corps*, Bruylant, 2012 ; B. EDELMAN, *Ni chose, ni personne*, Hermann, 2009 ; I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, PU de Bordeaux, 1995 ; C. CABRILLAC, *Le droit civil et le corps humain*, Montpellier, 1980 ; L. CARAYON, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris 1, 2016 ; A. CHIOCCARELLO, *Le matériel biologique humain : étude juridique sur l'utilisation à des fins scientifiques des éléments et produits du corps humain*, Thèse, Paris 5, 2014 ; T. DAILLER, *La peau humaine*, Thèse, Limoges, 2015 ; R. DOMAGES, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse, Paris, 1956 ; S.-A. DUBERNAT, *La non-patrimonialité du corps humain*, Thèse, Bordeaux IV, 2000 ; D. DUVAL ARNOULD MALCOR DE PIER, *Le corps de l'enfant*, Thèse, Paris 2, 1993 ; M. IACUB, *Le corps de la personne*, Thèse, Paris, 1993 ; J. KHALIL, *Le corps humain à disposition*, Thèse, Toulouse 1, 2009 ; X. LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012 ; TH. LAHALLE, *La qualification juridique du corps humain*, ANRT, 2004 ; S. LAVROFF, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, ANRT, 1998 ; M.-P. MOUSNY, *Le statut juridique du corps humain*, Thèse, Nice, 1998 ; H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée*, L'Harmattan, 2009 ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse, Université de Bourgogne, 1998 ; V. RAGE, *L'exploitation thérapeutique du corps humain créatrice d'une nouvelle catégorie de biens*, Thèse, Lille 3, 2009 ; G. SARVONAT, *Le principe d'inviolabilité du corps humain en droit civil*, Thèse, Poitiers, 1951 ; D. TISSIER, *La protection du corps humain*, L'Harmattan, 2013.

⁶³ Pour une appréhension dissociée de la personne humaine et de la personne juridique, voir notamment F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006.

B. L'appréhension peu satisfaisante du corps humain par le droit pénal

14. Les contradictions dans les objectifs du droit pénal – Avant de conclure précipitamment à cette évidence selon laquelle le corps est inévitablement pris en considération par le législateur pénal, le caractère fondamental des valeurs sociales protégées mérite que l'on s'y attarde quelque peu, ne serait-ce que pour avoir la certitude que le droit pénal exerce correctement ses fonctions. En effet, ce dernier prévient et réprime l'atteinte à des valeurs sociales jugées assez importantes pour faire l'objet d'une consécration législative. Il faut alors se pencher tout d'abord sur la loi, pour y déceler d'éventuelles faiblesses ou contradictions. L'on ne saurait espérer de façon utopique que les dispositions pénales et la jurisprudence qui les accompagne soient exemptes d'imperfections, mais peut-être sont-elles à tout le moins satisfaisantes. Pour ce faire, il convient de rechercher dans la loi et la jurisprudence, ainsi que dans la doctrine, l'apparition d'éventuelles difficultés.

Une des premières incohérences qui vient à l'esprit lorsque l'on songe à la protection de la vie, valeur sociale fondamentale, est l'indifférence qui touche celle de l'enfant à naître. Ni chose, ni personne, l'atteinte à la vie de l'enfant à naître ne déclenche pas l'intervention pénale⁶⁴. Plus particulièrement, celui-ci ne répond pas à la qualification d'« autrui », condition préalable à l'infraction d'homicide volontaire⁶⁵ ou involontaire⁶⁶. Si cette défaillance est imputable à l'absence de la qualité de personne humaine, cela n'exclut pas que les valeurs sociales qui sont rattachées à cette dernière font l'objet d'une appréhension satisfaisante. Pourtant, à bien y réfléchir la personne fait par exemple l'objet d'infractions dont la

⁶⁴ Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s. ; M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, chron. n° 12 ; M. VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3. Dans le même sens, Cass. ass. plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, « Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos ! » *LPA* 14 juin 2002, n° 119, p. 4 s. ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, p. 2907 s. ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, II 10569, 29. Dans le même sens, Cass. crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359 ; M. VÉRON, « L'enfant en train de naître », *Droit pénal*, septembre 2002, comm. n° 93 ; D. VIGNEAU, « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! (À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002) », *Droit de la famille*, novembre 2002, chron. n° 25. Pour davantage de développements, voir *infra* n° 271 s.

⁶⁵ Article 221-1 du Code pénal : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre » (nous soulignons).

⁶⁶ Article 221-6 al. 1^{er} du Code pénal : « Le fait de causer, dans les distinctions prévues à l'article 121-3 par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire ».

qualification reste incertaine. Ainsi, ces dernières années furent le théâtre de scandales médicaux ou sanitaires, comme les affaires dites du sang contaminé⁶⁷, de l'hormone de croissance⁶⁸ ou encore du Médiator⁶⁹. Ces observations ne témoignent pas, du moins de prime abord, d'une protection défaillante de la vie ou de l'intégrité physique de la personne car le droit se saisit de ces questions. Un non-lieu général a été prononcé dans l'affaire du sang contaminé, notamment car la qualification d'empoisonnement ne pouvait s'appliquer⁷⁰. De même, les poursuites dans l'affaire de l'hormone de croissance ont donné lieu à la relaxe des médecins, confirmée par la Cour de cassation, car l'élément moral des qualifications de tromperie et tromperie aggravée n'était pas constitué⁷¹. L'on ne saurait considérer alors que l'intervention pénale ne s'est pas déclenchée, mais plutôt que les moyens dont le droit pénal dispose ne lui ont pas permis de donner une réponse adaptée. Dans ces hypothèses, l'atteinte à cette valeur sociale qui émane du corps est alors soit non sanctionnée, soit non constituée. Parallèlement, la personne humaine est au centre de revendications en matière de fin de vie, de gestation pour autrui ou encore de procréation médicalement assistée. Le corps interroge ici car il est à l'origine de débats qui ont cours quant à la liberté corporelle ou à la dignité, arguments au centre des enjeux de la politique adoptée en la matière. Les difficultés soulevées proviennent essentiellement des droits dont la personne dispose ou souhaite disposer sur son corps. Cette configuration met en lumière l'association précédemment observée entre le corps et la personne, qui entraîne des incertitudes quant à la politique criminelle à adopter. En d'autres termes, l'émergence du corps peut être à l'origine d'une remise en cause parfois nécessaire de la politique criminelle. Les préoccupations du législateur se concentrent autour des valeurs sociales en cause, comme la liberté corporelle ou l'intégrité physique, mais il est dans ces hypothèses à l'origine de l'évolution de leur appréhension. La perspective s'inverse alors, car

⁶⁷ Le Centre national de transfusion sanguine a distribué des lots de sang contaminé, entraînant la contamination d'hémophiles par le virus du VIH.

⁶⁸ Un traitement mis sur le marché en vue de favoriser la croissance de certains patients a entraîné leur décès des suites de la maladie de Creutzfeldt-Jacob.

⁶⁹ Médicament pour lutter contre le diabète qui a causé le décès d'environ 500 personnes en 1976 et 2009.

⁷⁰ Cass. Crim. 18 juin 2003, n° 02-85.199 ; V. MALABAT ET J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Droit pénal*, février 2004, chron. n° 2 ; Y. MAYAUD, « Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », *RSC* 2003, p. 781 s., spéc. p. 781 ; M.-L. RASSAT, « Aucune des qualifications retenues par le juge d'instruction ou proposées par le Parquet n'est susceptible d'être appliquée aux faits relatifs à "l'Affaire du sang contaminé" », *JCP G* 2003, II 10121 ; M. VÉRON, « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel », *Droit pénal*, septembre 2003, comm. n° 97.

⁷¹ Cass. crim. 7 janvier 2014, n° 11-87.456 ; J. PEIGNE, « Affaire de l'hormone de croissance : la Cour de cassation rouvre la voie à une indemnisation des victimes », *RDSS* 2014, p. 319 s. ; CA Paris 5 mai 2011, *JurisData* n° 2011-010201 ; P. MISTRETTA, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP G* 2011, n° 37, 965, note sous arrêt.

ce n'est plus uniquement l'appréhension des valeurs sociales qui conditionne le traitement octroyé au corps, mais, désormais, le corps qui est mis au service de ces dernières.

Ensuite, il ne peut être soutenu que les valeurs sociales sont seules à occuper l'attention du législateur pénal. Si le corps est dissimulé derrière la santé, la liberté corporelle ou la vie il en va autrement lorsqu'il est appréhendé seul, comme terrain de recherches biologiques. L'embryon, le corps de la personne ainsi que les éléments et produits du corps humain sont au centre de dispositions pénales issues des lois de bioéthique de 1994. Pour quelles raisons est-il apparu nécessaire, si le corps humain était l'objet d'une protection satisfaisante, de créer le Livre V du Code pénal expressément consacré aux infractions en matière de santé publique ?⁷² De plus, si la doctrine pénaliste ne s'est pas intéressée au corps humain en lui-même elle porte néanmoins son attention sur ces dispositions et, plus généralement, sur les lois de bioéthique qui se sont ensuivies. Les constats précédents devront alors être nuancés. Le corps humain n'a pas fait l'objet en lui-même d'une étude d'ensemble, mais les dispositions pénales qui en règlementent l'utilisation ont éveillé l'intérêt de la doctrine⁷³. Il faut alors voir dans ces interrogations le signe que l'appréhension du corps humain par le droit pénal n'est pas aussi évidente qu'elle n'y paraît. Au surplus, l'émergence du corps humain sur la scène juridique suite aux lois de bioéthique vient bouleverser les acquis et créer de nouvelles préoccupations dont le droit pénal doit se saisir.

⁷² Code pénal, Livre V, Titre Ier : « Des infractions en matière de santé publique ». Ce Livre contient un Chapitre Ier intitulé « Des infractions en matière d'éthique biomédicale », qui comprend trois Sections respectivement relatives à la protection de l'espèce humaine, à la protection du corps humain ainsi qu'à la protection de l'embryon humain.

⁷³ Parmi les rares ouvrages ou études en la matière, voir L. MOREILLON, A. KUHN, A. BICHOVSKY [et. al], *Aspects pénaux du droit du vivant*, LGDJ, 2004 ; F. SATTÀ, *La génétique et le droit pénal*, op. cit. Plus largement, pour un ouvrage incluant également le droit pénal de la santé et la responsabilité médicale des professionnels, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013. Parmi les nombreuses contributions, articles et notes doctrinales relatifs au droit pénal de la bioéthique, voir notamment F. ALT-MAES, « Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit pénal médical », *JCP G* 2004, I 184 ; F. ARCHER, « Réflexions sur la place de l'intervention législative en droit pénal de la vie humaine », *RGDM* 2009, n° 30, p. 143 s. ; M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal* 2012, p. 392 s. ; CH. BYK, « Le droit pénal des sciences de la vie », *RPDP* 1996, p. 23 s. ; L. CIMAR, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois dites "bioéthique" », in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, PUF, 1999, p. 307 s. ; P.-J DELAGE, « Les recherches biomédicales non consenties devant la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RGDM* 2009, n° 31, p. 207 s. ; A. GIUDICELLI, « Le droit pénal de la bioéthique », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 79 s. ; P. MISTRETTA, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *JCP G* 2011, n° 29-34, 845. ; A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC* 2000, p. 39 s. ; C. PUIGELIER, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 473 s. ; J.-B. THIERRY, « Quelle place pour la bioéthique en droit pénal ? », *RGDM* 2005, n° 17, p. 167 s. ; M. VERON, « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Droit pénal*, novembre 2004, chron. n° 16.

15. Concevoir la dissociation du corps et de la personne ? - Les développements précédents démontrent que le corps peut être dissocié de la personne tout en étant lié à elle. En outre, alors même que le droit civil se focalise sur le corps, la personne humaine apparaît en filigrane puisque les droits dont la personne juridique bénéficie visent avant tout son *substratum* qui est la personne humaine. Le législateur a accordé son attention au corps lorsque ce dernier a commencé à être utile à la science et, par extension, à la personne. Par exemple, le don du corps humain à la science a été autorisé par la Loi du 15 novembre 1887⁷⁴, le legs des yeux par la Loi du 7 juillet 1949⁷⁵ tandis que la Loi du 20 décembre 1988⁷⁶ a édicté des dispositions protégeant la personne qui se prête à des expérimentations biomédicales. Or, si l'utilisation du corps humain est réglementée c'est avant tout en raison de son union à la personne. Accorder une consécration législative au premier sans considération pour la seconde est une démarche tellement dénuée de sens qu'elle n'aurait pas lieu d'être. L'article 16 du Code civil issu des lois de 1994 dispose par ailleurs que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». C'est alors le rapport entre les vivants et le corps qui est protégé, et ce même lorsqu'il s'agit de l'embryon ou du cadavre. En effet, dans ces hypothèses les dispositions ont trait à la famille du défunt, aux parents s'agissant des dispositions relatives à l'embryon ou, plus généralement, à l'humanité. En d'autres termes, la raison d'être des dispositions civilistes relatives au corps n'est pas le corps en lui-même mais la personne, ou l'être humain⁷⁷. Le droit civil démontre alors que corps et personne peuvent être dissociés, bien qu'il soit nécessaire de garder à l'esprit que cette fiction qu'est la personne juridique facilite la démarche du civiliste.

Il ressort de ces constats que le corps et la personne ne se recouvrent pas toujours. Le corps humain peut par exemple représenter la personne en devenir ou la personne qui n'est plus. La personne est quant à elle plus qu'un corps en ce sens qu'elle s'étend également à l'esprit. Peut-être faut-il alors s'intéresser uniquement à sa dimension physique. En outre, bien que l'appréhension du corps par le droit pénal semble relever de l'évidence au regard de son lien avec la personne, la protection qui lui est accordée révèle des faiblesses. Par exemple, l'absence de sanction de certaines atteintes à la vie se répercute sur le corps, qui voit la lésion qui lui est

⁷⁴ Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, *Recueil Duvergier*, p. 451.

⁷⁵ Loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de cornée grâce à l'aide de donneur d'yeux volontaires, *JO* du 8 juillet 1949.

⁷⁶ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JO* du 22 décembre 1988.

⁷⁷ Sur la distinction entre personne et être humain, voir *infra* n° 59.

portée impunie. Parallèlement, dès lors qu'il est question de volonté individuelle le degré de protection de certaines valeurs sociales varie selon la place accordée au du corps. Il découle de ces constats que le corps humain trouverait un intérêt à être mis en lumière. Une nouvelle démarche en ce sens pourrait alors être envisagée.

C. La démarche adoptée

16. L'exclusion d'une étude transdisciplinaire – Afin de se lancer dans cette entreprise, il faut dans un premier temps éliminer toutes velléités de traiter le corps dans une étude transdisciplinaire. En effet, le droit civil, le droit pénal et le droit public répondent à des objectifs variés. Le droit public régit l'organisation et le fonctionnement de l'État ainsi que les relations de celui-ci avec les administrés⁷⁸. Le droit civil aborde quant à lui le corps humain sous l'angle de son statut juridique et des droits subjectifs dont les personnes juridiques sont titulaires. Le droit pénal enfin, a pour objet de réprimer un trouble à l'ordre public causé par l'atteinte portée à des valeurs sociales protégées. Celles-ci ne correspondent pas à des droits subjectifs⁷⁹ et ne relèvent en rien des rapports que peut entretenir l'administration dans sa gestion des services publics et dans ses relations avec les particuliers. Sans lien avec la perspective de cette étude, le droit public n'y trouvera pas de place. Néanmoins, il sera constaté que droit pénal et droit civil peuvent être liés. En effet, le caractère sanctionnateur du premier conduira parfois à la traduction pénale de certaines dispositions civilistes. De surcroît, il sera démontré que le droit pénal est empreint de la *summa divisio* civiliste des choses et des personnes, ce qui aboutira à nourrir certains raisonnements. En effet, le droit pénal est un droit qui fait preuve d'autonomie mais qui s'approprie des catégories juridiques préexistantes. Droit civil et droit pénal seront alors amenés à se rencontrer. Au regard de ces éléments, il apparaît nécessaire de définir et délimiter le champ principal de cette étude et retenir la conception qui sous-tendra les développements à venir.

17. Le choix d'une définition restreinte du droit pénal – Le champ du droit pénal peut être considérablement étendu selon les conceptions retenues, aussi faut-il tout d'abord délimiter cette notion. Certains auteurs rassemblent droit pénal et procédure pénale. Ainsi, selon

⁷⁸ V. *Droit public* « Ensemble des règles organisant l'État et ses démembrements, et régissant les rapports entre la puissance publique et les particuliers », *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e édition, 2018.

⁷⁹ Sur la distinction entre valeurs sociales protégées et droits subjectifs, voir *infra* note n° 373.

J.-H. ROBERT le droit pénal se définit comme « l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'État à la sanction pénale »⁸⁰. Selon MERLE et VITU en revanche, le droit pénal s'oppose à la procédure pénale⁸¹ et ces deux disciplines constituent un sous-ensemble du droit criminel⁸². De même, V. MALABAT analyse également le droit pénal général et le droit pénal spécial comme « deux branches du droit pénal de fond », « par opposition à la procédure pénale ou droit pénal de forme »⁸³. Une appréhension large du droit pénal conduirait alors à inclure la procédure pénale ainsi que la sanction prononcée et exécutée. Toutefois, une définition restrictive du droit pénal sera retenue, comme celle excluant de cette démarche la sanction prononcée et exécutée d'une part, ainsi que la procédure pénale d'autre part.

En effet, la sanction prononcée et exécutée n'est pas perçue uniquement sous un angle objectif car il est notamment tenu compte de la personnalité du délinquant en vertu du principe d'individualisation de la peine. Or, cette étude se propose de faire un état des lieux objectif de la manière dont le corps est appréhendé en droit pénal, au travers de l'incrimination et de l'infraction, ce qui implique de se concentrer sur cette dernière ainsi que sur la peine encourue. La procédure pénale sera également exclue du champ de cette étude car cette notion renvoie avant tout au procès, soit « la manière d'organiser le processus de réaction sociale à un fait, à un trouble susceptible de constituer une infraction »⁸⁴. Plus généralement, il s'agit de « l'ensemble des règles d'organisation judiciaire et de conduite d'une instance aboutissant, à partir de l'élaboration d'un dossier de procédure, à un jugement définitif, dont il faudra apprécier l'autorité et les effets »⁸⁵. Cette matière permettrait d'étudier la place du corps, mais dans le cadre des règles de procédure qui gouvernent la réaction sociale. Le corps humain est un élément fondamental à la procédure pénale en ce qu'il constitue un terrain de preuve des

⁸⁰ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^{ème} édition, 2005, p. 53. En ce sens, voir également J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^{ème} édition, 2014, n° 1 : il s'agit du « droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'il engendre ».

⁸¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tomes I et II, Cujas, 1981, p. 9. Dans le même sens, voir PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 2016, p. 1 : « le droit pénal spécial constitue la partie analytique du droit criminel : son objet est l'étude des différentes infractions envisagées isolément, de ce qui les singularise les unes par rapport aux autres, dans leurs incriminations comme dans leurs sanctions spécifiques. Partant, le droit pénal spécial se distingue assurément du droit pénal général et de la procédure pénale ».

⁸² Les auteurs définissent le droit criminel comme « l'ensemble des règles juridiques de fond et de forme qui organisent la réaction de l'État à l'égard des infractions et des délinquants ». Voir R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 9.

⁸³ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2015, p. 1. En ce sens, voir également F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} édition, 2009 : selon les auteurs cette discipline inclut « l'ensemble des règles ayant pour objet de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant en être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables ».

⁸⁴ S. GUINCHARD et J.-B. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 10^{ème} édition, 2014, p. 1.

⁸⁵ *Ibidem*.

infractions, mais l'intérêt sera porté sur le trouble à l'ordre public et non sur l'organisation de la réaction sociale qui s'ensuit. Cette discipline est en conséquence volontairement écartée. En outre, bien qu'elle constitue un sujet d'étude dont l'intérêt n'est pas à démontrer, une démarche incluant droit pénal de fond et droit pénal de forme ne saurait être effectuée dans une étude temporellement bornée. Il ressort de ces développements qu'au regard de la définition retenue du droit pénal le corps humain sera analysé au travers du droit pénal de fond, qui s'entend du droit pénal général et du droit pénal spécial.

18. La sphère du droit pénal – Pour MERLE et VITU, le droit pénal général correspond à une étude abstraite de l'infraction, mais également à la théorie générale du délinquant ainsi qu'au détail des sanctions et de leur régime⁸⁶. Plus généralement, X. PIN définit le droit pénal comme « la branche du droit positif qui définit les faits qualifiés d' "infractions", ainsi que les "peines" qui s'y appliquent »⁸⁷. Inévitablement lié à toute étude des infractions car il en façonne les principes premiers, le droit pénal général sera inclus dans cette étude. Les infractions reflètent l'importance accordée par la société à une valeur et ont fait peu à peu apparaître des éléments généraux, que le droit pénal général a vocation à présenter sous forme de principes. Cette approche fait de lui un élément corrélatif à l'étude du droit pénal spécial.

Selon V. MALABAT, « l'étude du droit pénal spécial consiste [donc] à aborder les spécificités de chaque infraction pénale tant dans ses éléments constitutifs que dans sa sanction ou dans les modalités de sa répression »⁸⁸. Puisque l'infraction est un trouble à l'ordre public et que l'atteinte aux valeurs sociales protégées est une infraction, le droit pénal spécial trouvera pleinement à s'appliquer. En effet, puisque chaque valeur sociale rattachée à la dimension physique de la personne doit être prise en compte, la manière dont elle est appréhendée par le droit pénal se traduit par les infractions. Le champ du droit pénal spécial doit cependant être limité eu égard à l'objet de cette étude. Seules seront abordées les infractions tenant à la

⁸⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, op. cit., p. 9.

⁸⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2017, p. 2.

⁸⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 1. Dans le même sens, voir E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2016, p. 1 : le droit pénal spécial est « la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique – la peine – est prononcée, au nom de la société, suite au trouble ou au risque de trouble à l'ordre causé par la transgression, dans certaines circonstances, d'une norme tenue pour essentielle » ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, op. cit., p. 9 : « le droit pénal spécial consiste en l'étude analytique des diverses infractions, envisagées une à une dans leurs éléments particuliers et dans les modalités de leur répression » ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 15^{ème} édition, 2016, p. 1 : « Le droit pénal spécial est la branche du droit pénal qui traite des infractions et donne, pour chacune d'entre elles, leurs éléments constitutifs, les peines et, le cas échéant, les particularités de la répression et de la poursuite ».

dimension physique de la personne humaine, ce qui exclut par exemple les atteintes à son intégrité psychique. Certaines infractions contre les biens seront toutefois étudiées, le corps ayant ceci de particulier qu'il peut parfois trouver sa place au sein de plusieurs catégories juridiques, ce qui interroge par ailleurs sur l'opportunité de traiter le corps comme un tout.

19. Délimitation au corps ou aux corps – Le champ de cette étude étant vaste, il convient de déterminer la manière dont le corps, tel qu'il a été précédemment défini⁸⁹, est appréhendé. Si cette étude se propose d'aborder la place du corps non pas au travers des valeurs sociales protégées mais en le mettant au premier plan, il est nécessaire de l'appréhender comme un tout. En outre, étudier la cohérence d'un ensemble implique de s'intéresser à chacune de ses composantes. À défaut, la démarche ainsi que le résultat auquel elle aboutira seront faussés, à l'instar d'une équation privée de l'un de ses termes. Seront alors pris en compte le corps personnifié, c'est-à-dire le corps d'un être né et en vie, mais également le corps en formation, le corps en décomposition ainsi que les éléments et produits du corps humain.

20. Problématique – Il ressort de ces développements que l'opportunité de faire du corps humain l'objet premier d'une étude de droit pénal relève d'une intuition, renforcée par des constats contradictoires. Le corps humain est une évidence, puisqu'il *est* la personne. Or, le droit pénal réprime les atteintes portées à la dimension physique de la personne. Corrélativement, il sanctionne celles que le corps humain subit. Cependant, certaines incohérences et faiblesses dans les incriminations comme dans la qualification des infractions sont apparues. La doctrine s'en est saisie, mais en concentrant son attention sur les valeurs sociales portées par le Code pénal et non sur le corps qu'elles dissimulent. Bien qu'elles soient porteuses de sens au regard de la fusion corps-humain, ces approches ne sont peut-être pas adaptées ou, à tout le moins, méritent d'être complétées. Toutefois, il a été observé que certains travaux effleurent la perspective d'un corps qui constituerait l'objet premier de l'étude. Ils tracent les premiers sillons d'un chemin qu'il apparaît pertinent d'emprunter.

Il convient en effet de s'interroger sur l'opportunité d'une démarche inversée, qui consisterait à analyser le corps humain en droit pénal non pas au travers des valeurs sociales qui le dissimulent, mais comme un objet de premier plan. L'originalité de cette étude sera de se départir de l'approche classique du corps, qui implique de le percevoir de façon détournée, sous

⁸⁹ Voir *supra* n° 2 s.

le prisme de ce qu'il reflète et non de ce qu'il est. Du fait de ce renversement de perspective, les acquis du droit pénal pourraient être bousculés.

21. Annonce de plan – Ce travail de recherche est fondé sur cette ambition. La finalité de la première partie consiste à déterminer la manière dont le droit pénal se saisit d'un objet qui suscite l'attention du législateur. Au regard de ces développements, il apparaîtra que le corps humain perturbe l'ordonnement du droit pénal. En effet, cette discipline ne lui offre pas un régime conforme à sa nature. Le corps humain apparaît alors dévoyé par le droit pénal (**Partie 1**). La seconde partie aura pour objet de proposer une appréhension plus adaptée du corps humain par le droit pénal, au regard des incohérences et faiblesses précédemment mises en lumière. Le corps se singularisant par des caractéristiques qui lui sont propres, l'application d'un régime conforme à sa nature nécessite de tenir compte de ces particularités. Le droit pénal trouverait là une occasion de mettre en œuvre une appréhension renouvelée du corps humain (**Partie 2**).

Partie 1 : Le corps dévoyé par le droit pénal

22. L'adéquation entre la nature d'un objet de protection législative et son régime –

Le droit pénal s'inscrit dans une logique de répression d'un trouble à l'ordre public causé par l'atteinte à certaines valeurs jugées essentielles à la société. L'intervention du droit pénal est déclenchée par le passage à l'acte, lui-même reflétant l'atteinte à une valeur sociale protégée. Si le corps humain est appréhendé par le droit pénal, ces recherches à venir devraient permettre de déceler sa présence dans la sphère pénale.

Pour autant, il n'est pas nécessaire qu'une valeur sociale protégée, ou plus généralement, un intérêt quelconque⁹⁰, soit au centre de l'attention du législateur pour qu'il en découle une protection effective. Un intérêt social n'a pas, en effet, à bénéficier du statut de valeur sociale protégée pour être une composante de la sphère pénale. En réalité, l'effectivité du droit pénal se traduit essentiellement par l'adéquation entre la nature d'un objet et son régime. Si cet objet revêt les qualités d'une valeur sociale protégée, le régime qui en découle sera en accord avec les caractéristiques de cet objet. À l'inverse, si un intérêt social ne peut se voir attribuer cette qualification, il faudra l'appréhender sous un autre angle. Chaque intérêt qui suscite l'attention du législateur comporte en effet des particularités dont il est nécessaire de tenir compte. Le contraire ne signifie pas que l'intérêt en question est dépourvu d'attention législative, mais que le législateur le dénature et lui applique, par extension, un régime inapproprié à ses qualités.

23. Le détournement du corps - Cette appréhension faussée d'un intérêt social n'est donc pas sans conséquence puisque celui-ci est dénaturé par le législateur et se voit soumis, par extension, à un régime qui le détourne du statut auquel il était prédisposé. Ce schéma général de reconnaissance et parfois de dévoiement des valeurs sociales protégées doit être maintenant appliqué à l'objet de la recherche, c'est-à-dire le corps humain.

⁹⁰ Sur la distinction entre les valeurs sociales protégées ayant fait l'objet d'une consécration par le législateur pénal, et les valeurs ou intérêts n'ayant pas bénéficié de cette consécration, sans pour autant susciter l'indifférence de la société, voir *infra* n° 37.

Cette démarche aboutira à constater que le corps humain est méconnu par le droit pénal, en ce sens que celui-ci ne l'ignore pas mais se méprend sur sa véritable nature (**Titre I**), et il en découle que le corps est malmené par le droit pénal (**Titre II**).

Titre I : Le corps méconnu par le droit pénal

24. De l'incrimination au passage à l'acte - La lutte contre la criminalité suppose la mise en œuvre d'une politique criminelle⁹¹ permettant d'appréhender et de sanctionner l'acte délictueux. Dans un premier temps, la crainte d'un résultat, identifié par l'atteinte à une valeur sociale déterminée, conduit le législateur à prévenir l'acte contraire à l'ordre public en édictant un texte d'incrimination, ce qui érige le comportement en infraction. Dans un second temps, la réalisation du comportement interdit déclenche l'infraction et entraîne l'application de la sanction déterminée par le texte. La mise en œuvre de la politique criminelle suppose donc une phase de prévention de l'acte criminel, matérialisée par l'incrimination, puis un passage à l'acte, caractérisé par l'infraction. L'incrimination participe alors de la définition de la criminalité, tandis que l'infraction en est le révélateur. Dès lors, la valeur sociale protégée se caractérise par le besoin de protection qu'elle inspire et qui se traduit par l'incrimination⁹². L'infraction, qui n'est autre que l'atteinte à une valeur sociale, met cette dernière en lumière, contrairement à la sanction, qui prend en compte d'autres éléments que la valeur sociale atteinte comme le passé du délinquant. Pour cette raison, l'appréhension du corps par le droit pénal sera analysée au travers de l'incrimination et du passage à l'acte.

25. Le corps, valeur sociale protégée ? - Le corps a peu à peu émergé sur la scène juridique et sa présence ne cesse de s'accroître, notamment suite aux lois de bioéthique en constante évolution. Il ne saurait par ailleurs en être autrement puisque les avancées scientifiques dont le corps est le premier objet sont infinies. Plus généralement, le droit pénal se préoccupe de la personne humaine, dont la protection est un objectif explicitement affirmé par le législateur. Or, celle-ci est matérialisée par son corps qui ne peut, de ce fait, qu'être appréhendé par le droit pénal. Il reste alors à savoir de quelle manière le droit pénal s'en est saisi et quelle fonction il lui a octroyée. Il faudra alors déterminer si le corps humain peut répondre à la qualification de valeur sociale protégée, autrement dit s'il en revêt les

⁹¹ La politique criminelle s'entend de « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel », M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 13.

⁹² Les principaux travaux de recherche sur la question des biens juridiques protégés émanent de la doctrine des pays d'inspiration germanique. Le bien juridique protégé a fait l'objet de nombreuses définitions et s'est vu conférer autant de fonctions dans la théorie de l'infraction, aussi l'on renverra aux brillants travaux de M. LACAZE et J. WALTHER, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, et J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand : contribution à une théorie générale de l'illicéité*, Thèse, Nancy II, 2003.

caractéristiques et les fonctions. En outre, les valeurs sociales protégées comportent certaines fonctions tant dans la finalité de la loi pénale que dans l'infraction, qui n'est autre que l'atteinte à une valeur sociale protégée⁹³. De la naissance à la mort le corps est inhérent à l'humain, ce qui présume l'intérêt du législateur. Dans cette hypothèse, il devrait pouvoir revêtir la nature et les caractéristiques d'une valeur sociale protégée car il est indéniable que les lésions qui lui sont portées attentent à l'ordre public et nécessitent d'être incriminées.

Omniprésent dans les incriminations relatives à la personne, à l'espèce humaine et à l'humanité, centre des préoccupations du législateur pénal comme civil depuis les lois de bioéthique de 1994, le corps humain est pourtant méconnu du droit pénal. En effet, à l'étude des incriminations et de l'infraction il apparaît que le corps humain est source d'attention du législateur, laissant croire qu'il a été érigé au rang de valeur sociale protégée. Pourtant, lorsque l'on tente de lui appliquer les fonctions de ces valeurs des contradictions apparaissent et font obstacle à cette qualification de valeur sociale protégée. Or, pour les contourner et ainsi dévoiler la place que devrait occuper le corps humain en droit pénal, il faudra déterminer sa véritable nature et les fonctions qui lui sont attribuées.

26. Annonce de plan - Le corps humain est alors méconnu du droit pénal car celui-ci laisse présumer que le corps est une valeur sociale protégée (**Chapitre 1**), alors qu'il est en réalité le support de ces dernières (**Chapitre 2**).

⁹³ Voir *infra* n° 102 s.

Chapitre 1 : Le corps, présomption de valeur sociale protégée

27. Origines et fondements de l’incrimination – La protection d’une valeur par le législateur se traduit par la création d’une incrimination, norme juridique descriptive des éléments constitutifs de l’infraction et de la peine qui s’y attache. Seules les valeurs sociales préalablement identifiées voient leur atteinte sanctionnée par un texte. Y. MAYAUD explique à cet égard qu’« elle [l’incrimination] est d’abord sélective en ce sens qu’elle se met au service d’un ordre, l’ordre public pénal, dont la conception suppose nécessairement un choix préalable de valeurs. [...] érigées en biens collectifs, ces valeurs sont à l’origine des infractions qui forment l’arsenal répressif de toute législation, chaque crime, chaque délit étant censé représenter une parcelle de l’ordre pénal par la valeur sociale qu’il engage »⁹⁴. L’objet de l’incrimination constitue la raison d’être de la loi, la *ratio legis*⁹⁵, soit « la raison de l’intervention du législateur [...]. [Elle] est cet instrument qui fait le lien entre les textes, les décisions, les opinions [...]. Qu’il s’agisse par exemple des faits justificatifs, de l’interprétation des lois, des concours de qualifications, de tout ce qui a pour effet de fixer le domaine général de la répression, tout relève en fait des mêmes principes de solution, empruntés à la *ratio legis*. À la fois fondement et moteur de l’incrimination, la *ratio legis* en fixe donc toute la portée, puisqu’elle permet de dresser les ultimes frontières de la répression, et de tracer ainsi le seuil de rupture entre ce qui est punissable et ce qui ne l’est pas »⁹⁶.

28. Les objectifs incertains du législateur - Les valeurs sociales ne sont protégées par le droit pénal que si leur atteinte constitue une menace pour l’ordre public, ce qui conduit à l’édiction d’un texte. En conséquence, si le corps est une valeur sociale protégée l’étude des normes répressives devrait révéler ce statut. En effet, le corps étant la dimension physique de la personne il constitue inévitablement une préoccupation du législateur, à tout le moins de façon indirecte. Au-delà, les lois de bioéthique se sont accompagnées de la création d’un nouveau Chapitre du Code pénal, qui réprime cette fois explicitement les atteintes au corps

⁹⁴ Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s., spéc. p. 599.

⁹⁵ Sur la notion de *ratio legis*, voir notamment Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 5^{ème} édition, 2015, p. 154 s. et 184 s. Du même auteur, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s.

⁹⁶ Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », art. préc., spéc. p. 597.

humain commises dans le cadre d'une utilisation scientifique. Cette codification le place, du moins le présume-t-on, au rang des valeurs sociales protégées.

Deux configurations coexistent et se complètent pour former l'appréhension du corps par le droit pénal. Le corps donne et entretient l'illusion d'être une valeur sociale protégée car il se présente, d'une part, comme une valeur sociale incidente (**Section 1**) et, d'autre part, comme une valeur sociale apparente (**Section 2**).

Section 1 : Le corps, valeur sociale incidente

29. Le corps entremêlé avec la personne – Quiconque s'attèle à décrire la manière dont le droit pénal de la personne se saisit du corps peut légitimement s'attendre à ce qu'il soit un bien juridique⁹⁷ protégé par le législateur. La personne a été au centre des débats et préoccupations lors de la réforme du nouveau Code pénal dans l'optique de lui conférer la place qu'elle mérite. Or, puisque la personne est un être de chair et d'esprit, le droit pénal réprime les lésions qui sont portées à sa dimension psychique, mais également physique.

La personne humaine, finalité première de la loi pénale, ne saurait donc recevoir une attention complète sans être prise en considération sous ces deux versants. L'étude des incriminations contenues dans le Livre II soulève plus d'interrogations que d'éléments de réponse quant à la place du corps humain en droit pénal. Le corps représente en effet une dimension de la personne humaine mais, parallèlement, il n'apparaît pas comme une valeur sociale protégée. Son lien indissociable avec la personne lui permet pourtant d'être protégé par les incriminations qui lui sont afférentes. Il reçoit indirectement la considération dont les valeurs sociales protégées bénéficient.

30. Annonce de plan - Le corps apparaît comme une valeur sociale incidente car la personne humaine est prééminente dans l'incrimination (§ 1). Puisque le corps est fusionné avec la personne (§ 2), il bénéficie de la protection qui est octroyée à cette dernière.

⁹⁷ Expression employée à l'origine par GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Recueil Sirey, 1935. Elle fut ensuite reprise notamment par A. DECOCQ, *Droit pénal général*, A. Colin, 1971.

§ 1 - La prééminence de la personne humaine dans l'incrimination

31. L'empreinte du corps dans l'incrimination - La loi pénale est expressive et, de ce fait, les valeurs sociales qu'elle protège sont mises en lumière au travers des textes. Il faut cependant se garder de faire de la formulation des dispositions pénales le seul outil d'identification des valeurs sociales protégées, car certaines d'entre elles sont sous-jacentes aux textes. Il faudra alors se tourner vers d'autres outils d'identification des biens juridiques protégés, qui permettront de discerner les objectifs du législateur.

32. Annonce de plan - Au terme de cette recherche le corps devrait donc apparaître comme l'un d'entre eux, à tout le moins indirectement. Pour ce faire, il convient tout d'abord de déterminer la méthode d'identification des valeurs sociales protégées (**A**) qui, une fois appliquée, aboutira au constat que le corps est en filigrane dans les incriminations (**B**).

A. L'identification des valeurs sociales protégées par l'incrimination

33. Des incriminations à explorer – Raison d'être de l'incrimination, les valeurs sociales protégées constituent l'objet même de l'infraction. Pourtant, l'intérêt qu'elles suscitent auprès de la doctrine est moindre, car l'infraction est souvent présentée comme une atteinte à la norme plus qu'une atteinte à ce qu'elle protège. Ces biens juridiques protégés sont pourtant choisis avec soin par le législateur pénal, qui ne reconnaît que certains d'entre eux⁹⁸. Leur existence dépend en effet de leur consécration législative. Aussi faudra-t-il orienter les recherches vers le texte d'incrimination lui-même et plus généralement vers l'organisation du Code pénal, reflet de la politique législative.

34. Annonce de plan – Au regard de la conception formelle de l'incrimination, l'émergence des valeurs sociales protégées peut se révéler difficile car l'infraction est une atteinte à la loi avant d'être une atteinte à ces valeurs (**1**). Néanmoins, le droit pénal met certains instruments à disposition afin de procéder à leur identification (**2**).

⁹⁸ M. LACAZE distingue les biens juridiques protégés des biens juridico-pénaux, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 306 s. L'auteur inclut également les biens « préjuridiques », définis comme des « biens » antérieurs à la norme.

1) *L'émergence difficile des valeurs sociales protégées*

35. La confusion entre le texte d'incrimination et la valeur sociale protégée - La majorité des auteurs français présentent l'infraction avant tout comme une violation de la loi, ce qui explique le désintérêt de la doctrine française pour le concept de valeur sociale protégée⁹⁹. L'atteinte au bien juridique protégé n'est alors qu'une conséquence de l'infraction et non sa cause¹⁰⁰, laquelle se situe dans la violation de la norme. L'infraction perçue comme une violation de la loi n'exclut pas l'existence de valeurs sociales mais implique que l'atteinte qui leur est portée soit le résultat secondaire de l'infraction. Ceci transparait à travers la tentative et les faits justificatifs. L'infraction conçue avant tout comme une atteinte aux valeurs sociales protégées suppose que l'infraction tentée soit punie moins sévèrement qu'une infraction consommée car la tentative n'entraîne aucune atteinte effective à la valeur sociale protégée. Or, le droit pénal punit des mêmes peines l'infraction consommée et l'infraction simplement tentée, ce qui démontre la prééminence de la loi comme objet de l'atteinte. L'élément matériel de la tentative, soit le commencement d'exécution, est une violation de la loi, ce qui fait apparaître celle-ci comme l'objet de l'infraction au détriment de la valeur sociale dont l'atteinte est à l'origine du texte. Les valeurs sociales n'étant pas dissociées de la loi, le degré de l'atteinte qui leur est portée n'a aucune influence.

⁹⁹ Au début du XX^{ème} siècle, GARRAUD a pourtant tenté d'importer la théorie de l'*Unrecht*, ou antijuridicité, en introduisant l'« élément injuste » en droit français. Selon la théorie allemande de l'infraction, un acte délictueux est présumé illicite mais sera effectivement reconnu comme tel seulement si une atteinte injustifiée à la valeur sociale s'ajoute à cette présomption. « Autrement dit, l'infraction ne serait pas réductible à la violation de la loi pénale mais supposerait également la lésion d'un intérêt protégé ou bien juridique (*Rechtsgut*) », X. PIN, « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 586 s., spéc. p. 586. Certains comportements peuvent alors être qualifiés de « justes ». GARRAUD a cependant présenté l'élément injuste comme la simple absence de justification d'un comportement illicite. L'acte était présumé illicite du seul fait de la violation de la loi et l'élément injuste n'avait que peu d'utilité puisqu'il conduisait simplement à démontrer une absence de faits justificatifs, conception déjà adoptée en droit pénal français. Nul besoin alors d'introduire l'élément injuste dans la théorie de l'infraction, qui n'a donc pas intégré la notion de valeur sociale protégée, et l'infraction reste une atteinte à la loi. Pour une présentation positive de l'élément injuste dans la doctrine française, voir notamment X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 205 s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 225 s. ; M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 323 s. ; J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand : contribution à une théorie générale de l'illicéité*, op. cit. Pour une présentation négative de l'élément injuste, voir PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBRON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} édition, 2004, p. 145 et 171 ; PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, PU de Grenoble, 7^{ème} édition, 2010, p. 59 s.

¹⁰⁰ Pour une étude détaillée de l'influence du concept de « bien juridique protégé » dans la théorie de l'infraction, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit. Voir également J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit.

De la même manière, si les biens juridiques protégés constituaient l'objet atteint par l'infraction, celle-ci pourrait être justifiée par une mise en balance des intérêts¹⁰¹. La prévalence d'un bien juridique sur un autre justifierait l'atteinte portée à ce dernier, indépendamment des cas limitativement énumérés par la loi¹⁰². Ainsi, une intervention thérapeutique sur le corps d'autrui sans son consentement est de prime abord constitutive d'une atteinte à l'intégrité physique. L'article 16-3 alinéa 2 du Code civil exclut toutefois le recueil du consentement si l'état du patient « rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Dans ce cas de figure, ce n'est donc pas la « valeur sociale vie » qui justifie l'atteinte non consentie à l'intégrité physique mais la combinaison des articles 122-4 alinéa 1 du Code pénal et 16-3 du Code civil. La consommation de l'infraction entraîne un conflit opposant ces deux textes combinés, aux textes incriminant les atteintes à l'intégrité physique. Il résulte de la nature de ce conflit, exclusivement normatif, une prééminence de la loi comme cause de justification de l'infraction, ce qui ôte toute utilité à la mise en balance des valeurs sociales. De ce fait, les valeurs sociales n'existent que par le truchement de la norme, révélant un droit pénal purement volontariste car seul le législateur décide de son contenu. Or, si le droit pénal se doit nécessairement d'être légaliste il n'est pas acquis que cette conception de l'infraction soit satisfaisante, notamment au regard des évolutions incessantes auxquelles le corps humain confronte le législateur¹⁰³.

36. Le légalisme du droit pénal, un frein à l'émergence du corps humain ? – La confusion du bien juridique protégé avec la norme qui le crée entraîne une méconnaissance du caractère axiologique de la loi pénale. Si la loi est l'objet premier de l'atteinte, nul besoin de s'interroger sur son contenu, dont le juriste se désintéresse. Cette confusion entre la loi et sa raison d'être aboutit à un droit figé et à une politique criminelle progressivement inadaptée aux mœurs de la société¹⁰⁴. En effet, si la contrariété au droit ne peut être que la violation de la norme le juriste est contraint de rester neutre dans son analyse de la loi. L'importance croissante

¹⁰¹ Sur la mise en balance des intérêts protégés, voir notamment X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 218 s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 249 s.

¹⁰² L'article 122-4 alinéa 1 du Code pénal érige l'autorisation de la loi en fait justificatif général : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ».

¹⁰³ Voir *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁰⁴ En ce sens, voir par exemple D. MAINGUY, *De la légitimité des normes et de son contrôle*, JCP G 2011, n° 9, doct. 250 : « le droit, ce n'est pas (ou plus) un ensemble de postulats figés qui sont censés représenter la justice, la vérité, les droits et les libertés fondamentaux, mais le résultat d'un discours, d'un débat sur les valeurs dont l'existence et le sens sont eux-mêmes au cœur du débat ». Voir également J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », RSC 1980, p. 911 s. ; X. PIN, « L'infraction juste », art. préc., p. 586 s.

du corps humain dans les questions sociales, morales et politiques en témoigne. La dépenalisation de l'avortement est un exemple éloquent. Alors que la liberté de la femme à disposer de son corps entraine en conflit avec la vie de l'enfant, l'interruption volontaire de grossesse ne pouvait être effectuée sans engager sa responsabilité pénale. Cette mise en balance de ces deux valeurs sociales n'a eu aucune force justificative jusqu'à ce que la Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁰⁵, dite « Loi Veil », dépenalise l'avortement sous conditions. Il sera ultérieurement démontré qu'un fait justificatif étant conditionné par une autorisation de la loi, traduisant la primauté de la norme, certaines valeurs comme l'autonomie individuelle ont du mal à émerger. Le droit pénal se trouve alors parfois en décalage avec l'évolution de la société qu'il régit, rendant ainsi nécessaire la reconnaissance d'un caractère axiologique à la norme pénale.

Cependant, un système aussi attaché au principe de légalité exige de tenir compte de la violation de la norme. En outre, le corps humain est à l'origine de multiples possibilités. Terrain de recherches scientifiques, d'expression personnelle, ou encore de liberté sexuelle, il est difficilement concevable que les actes dont il fait l'objet ne soient pas prévus par la loi. Au surplus, de nombreuses dispositions qui lui sont dédiées proviennent d'autres branches du droit, notamment du droit civil et du droit de la santé, ce qui maintient inévitablement le droit pénal dans son rôle sanctionnateur. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il soit dépourvu d'autonomie en la matière car l'infraction peut également se concevoir comme une atteinte à la valeur sociale protégée, en plus d'une atteinte à la loi.

37. La reconnaissance d'une atteinte à la valeur sociale protégée – En réalité, la valeur sociale protégée peut être dissociée de la norme qui concrétise son existence. La valeur sociale est un intérêt, un « bien issu de la réalité de la vie » dont l'importance justifie qu'il bénéficie de la protection du droit¹⁰⁶. Le processus législatif du droit pénal repose en effet sur une philosophie des valeurs, une réalité sociale, « sociomorale », qui précède la norme et qui s'impose au législateur. Selon E. DARGENTAS « le premier élément de la norme pénale est un jugement axiologique sur les valeurs et intérêts. Le législateur pénal procède à ce jugement

¹⁰⁵ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JO* du 18 janvier 1975.

¹⁰⁶ La conception matérielle du bien juridique protégé a été établie notamment par VON LISZT. Pour une présentation détaillée de la théorie de l'auteur voir notamment J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.* ; M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 54 s.

avant de commander de respecter les biens juridiques »¹⁰⁷. L'auteur en déduit donc que « le législateur subit l'influence de la valeur qu'il veut protéger. Par exemple, quand il incrimine la bigamie, c'est la valeur de la famille monogamique qui impose la création de cette infraction »¹⁰⁸. Cette dernière est consommée dès que le bien juridique protégé par le droit pénal subit une lésion effective dans le cas des infractions matérielles, ou une mise en danger dans le cas des infractions formelles. Pour autant il est difficile d'admettre une conception exclusivement matérielle de la notion de bien juridique protégé.

38. L'infraction, une atteinte à la loi et à la valeur sociale protégée - Si une conception exclusivement formelle de l'infraction comporte l'inconvénient d'aboutir à un droit dont l'évolution est parfois lente, il n'est pas pour autant opportun d'en adopter une conception exclusivement matérielle. Jugée incompatible avec le droit pénal français car excessivement teintée de philosophie, l'infraction conçue comme une atteinte exclusive aux intérêts protégés ne peut être envisagée notamment du fait de l'atteinte qu'elle cause au principe de légalité. Le bien juridique conçu uniquement comme un élément indépendant de la norme qui le crée tendrait à un droit pénal flou et imprévisible. Les conséquences de cette instabilité de la norme pénale seraient dommageables au corps. Par exemple, les potentielles dérives que son utilisation scientifique peut entraîner nécessitent un encadrement particulier. Les incriminations et les causes de justifications seraient en effet soumises à la fluctuation des tendances de la société. Or, l'exigence de sécurité juridique suppose à l'inverse qu'elles soient soumises à la fixité de la norme.

Confrontées à ces difficultés, les valeurs sociales contenues dans l'incrimination doivent être conçues à la fois sous un angle matériel et formel¹⁰⁹. Ainsi, l'infraction ne constitue pas seulement la violation de la loi pénale mais elle ne traduit pas uniquement l'atteinte à une valeur sociale protégée. « Sans nier que la loi soit l'unique source du droit pénal, admettre qu'elle protège un "bien juridique" matériellement entendu et que sa violation ne cause pas seulement une atteinte à la loi mais également à ce bien permettra d'affirmer la double nature du droit pénal, protecteur à la fois du système juridique lui-même et des personnes qui le

¹⁰⁷ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411 s., spéc. p. 415.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 418.

¹⁰⁹ Sur la conciliation de ces deux conceptions, voir notamment M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 303 s.

composent »¹¹⁰. Les biens juridiques protégés émergent donc difficilement dans un système légaliste, mais leur identification est favorisée par certains outils dont dispose le droit pénal.

2) *Les outils d'identification des valeurs sociales protégées*

39. L'emplacement des incriminations dans le Code pénal – En reconnaissant l'existence de certaines valeurs sociales par le biais de l'incrimination, « la loi pénale se présente ainsi comme un filtre. Elle est le filtre par lequel les valeurs sociales sont définies ou redéfinies »¹¹¹. L'esprit de la loi se déduit de la conjonction des mots qui composent le texte et de la finalité qu'il exprime¹¹². Une identification précise des biens juridiques protégés n'est cependant pas toujours chose aisée car comme le démontre Y. MAYAUD, « le législateur ne livre pas toujours avec évidence les raisons de son intervention, ou il arrive que celles-ci soient noyées dans de multiples considérations, ce qui oblige à une décantation intellectuelle souvent délicate »¹¹³.

Le déclenchement de la répression pénale, conditionné par la protection d'un intérêt juridique, marque l'importance conférée à l'objet de l'incrimination. La seule lecture du Code pénal permet d'identifier la plupart des objectifs du législateur, tant par le vocabulaire employé que par l'emplacement des textes. Par exemple, l'interruption illégale de grossesse était sanctionnée au titre de la mise en danger de la personne¹¹⁴, ce qui n'est pas sans fondement. La valeur sociale première protégée par ce texte résidait, sous l'empire des anciens articles, en l'intégrité physique ou la vie de la personne. Acte clandestin, l'avortement était assimilé notamment au danger encouru pour la santé de la femme. À ce titre, cet acte était incriminé aux côtés des délits d'expérimentation illégale de la personne humaine, des risques causés à autrui

¹¹⁰ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, p. op. cit., p. 277 et 281. L'atteinte « injustifiée » devant être comprise ici comme un élément de la théorie de l'injuste, inadaptée au droit pénal français. Cette atteinte injustifiée s'entendra d'une lésion causée à un bien juridique protégé et ne pouvant être justifiée par un quelconque fait justificatif.

¹¹¹ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 5 s. spéc. p. 5.

¹¹² Sur la lettre et l'esprit de la loi, voir Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 152 s. : « La lettre renvoie à tout ce qui conditionne l'infraction dans ses données explicites, avec pour assise la formule même de l'incrimination, ses substantifs, ses qualificatifs, ses verbes et adverbess, sa ponctuation, et le nombre de ses alinéas... ». L'esprit renvoie à la « *ratio legis* », la « raison d'être » de la loi : « Cette référence à la *ratio legis* est essentielle, pour ce qu'elle permet d'applications conformes à ce qui a motivé l'intervention du législateur, révélant ainsi ce que l'incrimination ne traduit pas toujours, voire peut exprimer fort maladroitement ».

¹¹³ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 12.

¹¹⁴ Articles 223-11 et 223-12 anciens du Code pénal. Voir Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 13.

ou encore de l'entrave aux mesures d'assistance. L'évolution du droit pénal a ensuite conduit à déplacer ces dispositions dans le Code de la santé publique¹¹⁵, pour ne maintenir que l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée dans le Code pénal¹¹⁶. Y. MAYAUD explique ce déplacement par la finalité de la loi pénale, cette dernière incrimination sanctionnant une atteinte à l'intégrité physique de la personne tandis que la répression de l'interruption illégale de grossesse est davantage dictée par des considérations d'ordre sanitaire¹¹⁷. En d'autres termes, l'emplacement d'une incrimination ou sa seule présence dans le Code pénal est révélateur de la finalité de la loi pénale, tout comme la formulation des incriminations.

40. La formulation des incriminations du Code pénal – Cumulés à l'emplacement des incriminations les termes employés par le législateur traduisent, comme le démontre Y. MAYAUD, la logique du système de répression. Bien que ces termes ne soient pas, à eux seuls, révélateurs des objectifs poursuivis, ils constituent de sérieux indices permettant d'identifier la valeur sociale protégée. Ainsi, c'est en toute logique que les incriminations commises à l'encontre de la personne sont relatives à « autrui », ou plus simplement à « la personne ». De la même manière, les infractions contre la propriété mentionnent des actes commis contre des « biens appartenant à autrui », ou contre « la chose d'autrui ». Il faut toutefois se garder de faire des valeurs sociales un référent certain, notamment car certaines d'entre elles sont considérablement étendues. La dignité en constitue un parfait exemple. Il sera démontré que cette valeur englobe en réalité de multiples biens juridiques également portés par le Code pénal, ce qui prête à confusion¹¹⁸. Ensuite, certaines incriminations sont codifiées dans une partie du Code pénal bien qu'elles puissent figurer ailleurs. Le viol est ainsi réprimé au titre des atteintes à l'intégrité physique d'autrui mais cette incrimination pourrait également trouver sa place au sein des atteintes à la liberté de la personne, si toutefois le législateur consacrait expressément la liberté corporelle comme valeur sociale protégée. Enfin, comme l'explique Y. MAYAUD la condition préalable, bien que ne participant pas à la matérialité de l'infraction, participe à l'incrimination et constitue « un indice très fort de la valeur sociale protégée, ce qui ne peut qu'inciter à l'exploiter avec profit. En effet, parce qu'elle délimite le cadre dans lequel l'action ou l'omission répréhensible va se manifester, elle ne peut que refléter la préoccupation

¹¹⁵ Articles L. 2222-2 et L. 2222-4 du Code de la santé publique.

¹¹⁶ Article 223-10 du Code pénal.

¹¹⁷ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 14.

¹¹⁸ Voir *infra* n° 134 et 193.

du législateur au titre de sa politique pénale. Il est donc essentiel de s'y reporter, soit pour accéder à la valeur concernée, soit pour la confirmer »¹¹⁹. L'identification des valeurs sociales protégées se trouve alors facilitée par ces quelques éléments, qui doivent toutefois être complétés.

41. L'insuffisance du Code pénal dans l'identification des valeurs sociales protégées – Les valeurs sociales portées par le Code pénal ne peuvent être considérées comme des instruments certains pour identifier les objectifs poursuivis par le législateur. Certes, elles témoignent de la finalité de la loi pénale mais l'interprétation téléologique de celle-ci doit s'appuyer sur d'autres paramètres, notamment sur l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction. Pour une plus grande cohérence dans la logique de la répression, deux incriminations classées dans deux parties différentes du Code pénal peuvent être rassemblées du fait des similarités entre leurs éléments constitutifs¹²⁰. Les travaux parlementaires fournissent également de précieuses indications car les cheminements effectués témoignent de la philosophie du texte. De même, les décisions du Conseil constitutionnel permettent de préciser les contours de certaines valeurs sociales, ou à tout le moins les objets auxquels elles s'appliquent.

La recherche des valeurs sociales protégées se fait alors en deux temps. Tout d'abord, la violation de la norme constitue le critère principal de l'infraction, au détriment de la lésion de l'intérêt protégé qu'elle contient, rendant de ce fait difficile l'émergence de valeurs sociales protégées. Ensuite, le droit pénal offre la possibilité de les identifier car leur existence est soumise à une consécration législative. L'étude de la norme constitue ainsi un sérieux indice. En conséquence, ces outils vont être mis à profit afin d'évaluer de quelle manière le corps se manifeste dans l'incrimination.

¹¹⁹ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 19. Sur la condition préalable, voir B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010.

¹²⁰ Voir *infra* n° 192 s. et 342 s.

B. Le corps en filigrane dans l'incrimination

42. La recherche du corps humain dans l'incrimination – Les outils d'identification des valeurs sociales protégées étant déterminés, leur utilisation devrait permettre de débusquer les valeurs sociales ayant retenu l'attention du législateur. Si le corps peut recevoir la qualification de valeur sociale protégée, celui-ci devrait apparaître dans la formulation des incriminations ou dans l'organisation du Code pénal. Plus largement, la politique criminelle émanant des textes devrait avoir le corps pour objet.

43. Annonce de plan - Aux termes d'une telle démarche les premières hésitations quant à la nature et à la fonction que le corps revêt apparaîtront. Il est en effet subsidiaire dans les incriminations **(1)** car il est dissimulé par la personne humaine **(2)**.

1) Le corps subsidiaire dans l'incrimination

44. Les rares occurrences du terme de « corps » dans le Code pénal – La recherche des valeurs sociales protégées peut débiter par l'analyse formelle du Code pénal, au travers des termes employés et de l'organisation des incriminations. Si le corps humain est un objet de protection par le législateur, le terme de « corps »¹²¹ devrait être contenu dans la norme. Or, ce terme n'apparaît qu'à six reprises. Tel est le cas des articles 511-2 alinéa 2, 511-8-2 et 511-4 du Code pénal, relatifs à la protection du corps humain dans le cadre des infractions commises en matière d'éthique biomédicale¹²². Les deux premières incriminations sanctionnent respectivement le fait « de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui »¹²³ et le fait de se procurer illégalement « des organes, des tissus, leurs dérivés, des cellules issus du corps humain »¹²⁴. L'article 511-4 réprime quant à lui « le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement »¹²⁵, ainsi que « le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits

¹²¹ Au sens de « corps humain », abstraction faite du corps du délit et de la séparation de corps.

¹²² Livre V, Titre I, Chapitre I, Section 2 : « De la protection du corps humain ».

¹²³ Nous soulignons.

¹²⁴ Nous soulignons.

¹²⁵ Nous soulignons.

humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui »¹²⁶.

Ensuite, le terme de « corps » apparaît dans de tout autres domaines. L'article R. 131-51-3 du Code pénal, relatif à la peine de stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, dispose que « le contenu du stage [...] doit permettre de rappeler au condamné ce que sont les réalités de la prostitution et les conséquences de la marchandisation du corps »¹²⁷. L'article 461-23 3° du Code pénal s'inscrit quant à lui dans une Sous-section relative aux moyens et méthodes de combat prohibés dans un conflit armé international et réprime le fait « d'utiliser des balles qui se déforment facilement dans le corps humain¹²⁸ ». Ces brèves apparitions suscitent une confusion puisqu'il est *a priori* impossible de dégager une règle générale. Cette démarche appliquée au corps avant la naissance et après la mort aboutit à un constat similaire.

45. Les rares occurrences des termes de « cadavre » et d' « embryon » – Les différentes formes sous lesquelles le corps se présente, selon s'il est en vie ou en formation, devraient également apparaître s'il était considéré comme une valeur sociale protégée. Le terme de « cadavre » apparaît à trois reprises dans le Code pénal. Au sein de l'article 225-17 tout d'abord, lequel réprime « toute atteinte à l'intégrité du cadavre »¹²⁹ et le délit de violation de sépulture accompagné d'une « atteinte à l'intégrité du cadavre »¹³⁰. L'article 434-7 du même Code réprime ensuite « le fait de receler ou de cacher le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou décédée des suites de violences »¹³¹. L'embryon est davantage représenté car les lois de bioéthique de 1994 l'ont intégré dans le Code pénal au titre des infractions en matière d'éthique biomédicale, au sein d'une Section intitulée « De la protection de l'embryon humain »¹³². Les premiers résultats de cette recherche ne sont guère encourageants car quelle que soit la forme sous laquelle le corps se présente, à s'en tenir aux termes employés par le législateur le corps ne semble pas susciter beaucoup d'intérêt, à la différence de la personne.

¹²⁶ Nous soulignons.

¹²⁷ Nous soulignons.

¹²⁸ Nous soulignons.

¹²⁹ Nous soulignons.

¹³⁰ Nous soulignons.

¹³¹ Nous soulignons.

¹³² Livre V, Titre I, Chapitre I, Section 3 du Code pénal. Les articles 726-9, 726-10, 726-14 et 726-15 complètent ensuite ce dispositif par les dispositions particulières au Département de Mayotte.

2) *Le corps dissimulé par la personne humaine*

46. La prééminence des termes d'« autrui » et de « personne » – En réalité, la présence éparse du corps dans le Code pénal peut s'expliquer par le fait qu'il est relié à la personne, qui se substitue à lui en tant qu'objet de protection. En effet, parmi les articles précédemment cités certains contiennent le terme de « corps » mais il est immédiatement suivi d'« autrui » ou de « la personne ». L'article 511-2 traite par exemple du « corps d'autrui » et l'article 511-4 du corps de la personne. De manière générale, ces termes apparaissent dans une multitude d'incriminations relatives à la dimension physique de la personne, ce qui pourrait laisser penser qu'elle constitue la valeur sociale protégée. Dans ce cas la mention expresse du corps humain au sein de certains articles isolés ne fait qu'entretenir une confusion. L'utilisation du terme de « cadavre » est pertinente en ce sens que celui-ci n'est plus la personne, mais la mention du « corps » personnifié ne semble relever *a priori* d'aucune logique particulière. De surcroît, même lorsqu'il n'est pas mentionné expressément, le corps humain s'insinue dans les incriminations relatives à la personne.

47. La substitution du corps par la personne – À l'occasion de la présentation du projet de loi portant réforme du Code pénal, Robert BADINTER déclara que le nouveau Code pénal devait être « un code humaniste, un code inspiré par les droits de l'homme [...] le droit au respect de son corps par autrui est un droit fondamental de tout être humain [et que] l'atteinte la plus odieuse, la négation la plus forte de ce droit est constituée par les actes de torture ou de barbarie »¹³³. En d'autres termes, la protection de la personne humaine, objectif premier du législateur, se traduit par la protection des atteintes portées à son corps.

Ainsi, les atteintes à la vie passent avant tout par une mort biologique, une « mort du corps », mais constituent une atteinte à la personne. Les atteintes à l'intégrité physique peuvent quant à elles se définir comme l'altération du corps humain car le terme d'« intégrité » signifie l'« état d'une chose qui est entière » ou l'« état d'une chose saine et sans altération »¹³⁴. Une atteinte à l'intégrité physique cause donc une atteinte au corps, « chose entière » et « sans

¹³³ Doc. Sénat, 2^{ème} session 1986-86, rap. n° 300, cité par R. OLLARD, *J.-Cl. Pénal Code*, arts. 222-1 à 222-6-2, fascicule 20 : Tortures et actes de barbarie, septembre 2017, n° 26. Aux termes de l'article 222-1 du Code pénal « Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

¹³⁴ *Dict. Littré*, v° Intégrité.

altération ». La lésion de cette valeur sociale protégée est pourtant incriminée dans le Code pénal au titre des « atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne »¹³⁵. De même, les infractions d'atteinte à la vie et les agressions sexuelles nécessitent une atteinte au corps pour être constituées mais sont réprimées au titre des atteintes à « autrui ». Le corps ne semble pas être la valeur sociale portée par le Code pénal puisque celui-ci mentionne la personne, mais ces deux notions apparaissent toutefois interdépendantes.

48. L'interdépendance des atteintes au corps et des atteintes à la personne – Lors des travaux préparatoires du nouveau Code pénal, R. BADINTER avait affirmé que la personne devait être au centre des préoccupations du législateur¹³⁶. Il est vrai que le plan du nouveau Code pénal reflète cet objectif car le Livre consacré aux atteintes commises contre les personnes a été déplacé pour désormais figurer avant les atteintes à l'État ou à la Nation. Il est donc naturel que la personne humaine prévale dans cette nouvelle hiérarchie. Or, la corrélation entre les atteintes à la personne et les atteintes au corps humain interroge. Le corps ne peut être conçu de façon autonome et doit être relié à la personne, ou du moins à l'être humain, même décédé. De même, il est inconcevable qu'un être humain existe sans bénéficier d'un corps.

L'analyse des dispositions législatives relatives à la personne conduit à un raisonnement tautologique dont il n'est pas aisé de se défaire. Le Livre II du Code pénal sanctionne les atteintes à la personne, l'homicide volontaire étant par exemple défini comme « le fait de donner volontairement la mort à autrui »¹³⁷. Une déduction s'impose, l'objet premier de protection de la loi est la personne, condition préalable à l'infraction. Néanmoins, cette affirmation trouve aussitôt ses limites car la personne est un corps en vie. En conséquence, la protection de la personne suppose la protection de son corps et, à l'inverse, la protection du corps humain implique la protection de la personne. Dès lors, il devient difficile de déterminer lequel, du corps ou de la personne, est la valeur sociale protégée par ces incriminations. L'homicide involontaire réprime-t-il une atteinte à la personne par l'intermédiaire de son corps ou une atteinte au corps par l'intermédiaire de la personne ? Les atteintes commises à l'encontre du

¹³⁵ Livre II, Titre II, Chapitre II du Code pénal, « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », comprenant les articles 222-1 à 222-51.

¹³⁶ Voir notamment. B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 69 s. ; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 613 s., spéc. p. 619.

¹³⁷ Article 221-1 du Code pénal (nous soulignons).

corps de la personne entraînent une atteinte à la personne. En revanche, la réciproque n'est pas vraie puisqu'une atteinte à l'intégrité psychique entraîne une atteinte à la personne sans pour autant entraîner une atteinte au corps.

Afin de déterminer si le corps constitue une valeur sociale protégée, dont la lésion constitue l'infraction, il est apparu nécessaire d'établir les critères de recherche de ces objets de protection. Il est possible de les identifier notamment à l'aide des textes, et l'étude de la formulation des incriminations comme de leur substance a mis en lumière quelques rares apparitions du corps en tant que tel, au profit de la personne. Le corps semble supplanté par cette dernière qui, elle, constitue une valeur sociale protégée. Il ne semble pas être un objet de protection du législateur, tout en étant part entière des dimensions physiques de la personne humaine. Il faut alors définir la notion de personne humaine et notamment les liens qu'elle entretient avec le corps, pour en extraire les premières conclusions quant à la manière dont le droit pénal appréhende le corps.

§ 2 - La fusion du corps et de la personne humaine

49. La personne humaine, une notion porteuse d'hésitations – Les incriminations contenues dans le Livre II du Code pénal sont porteuses d'un paradoxe car elles protègent le corps tout en l'ignorant au profit d'« autrui ». Saisi de cette notion, le droit doit faire sienne une définition qui repose sur des éléments biologiques, philosophiques et sociologiques. Les éléments constitutifs de la personne humaine permettront peut-être de déceler la place qu'occupe le corps au sein de cette notion et ainsi résoudre ce paradoxe. L'appréhension de la notion de personne amène dans un premier temps à constater certaines évidences, telles le fait qu'un être né et en vie est une personne et qu'un cadavre ne l'est plus¹³⁸. Les difficultés surgissent en réalité lorsqu'il faut déterminer le seuil du commencement de la personne humaine. Commence-t-elle à la naissance ? Dès la première cellule de vie ? À cette fin, il faut identifier les éléments susceptibles de la circonscrire. La personne pourrait être singularisée par la vie, auquel cas le corps serait un élément déterminant puisqu'il abrite la vie. Cependant, la personne ne se réduit pas à un corps alors est-ce l'esprit, la conscience de soi qui la

¹³⁸ Voir *infra* n° 60.

distinguent¹³⁹ ? Néanmoins l'esprit n'est-il pas conditionné par le fait d'être en vie, donc par le fait d'avoir un corps ? En outre, cela implique-t-il qu'il apparaisse concomitamment à la vie, soit dès la première cellule, laquelle abriterait donc un esprit ?

50. Annonce de plan - La personne est un objet fondamental de la sphère juridique et le droit se voit contraint de déterminer, quelque peu arbitrairement, le seuil du commencement et de la fin de la personne humaine. Toutefois, la manière dont le droit appréhende et définit la personne n'apportera que peu de réponses quant aux liens qu'elle entretient avec le corps. À une analyse juridique **(A)** il faudra combiner une analyse non juridique de cette notion **(B)** et ainsi déterminer la nature du lien entre la personne et le corps.

A. L'analyse juridique de la notion de personne humaine

51. Les incertitudes quant à la notion juridique de personne – Confrontés à une notion insaisissable, le droit international comme le droit interne en donnent une définition parfois approximative mais surtout propre à leur matière. Ceci invite à une pluralité de définitions de la personne, phénomène inévitable puisque chaque branche du droit revêt des spécificités et s'approprie les notions qui en font l'objet. Par ailleurs, certaines sources législatives ne définissent pas cette notion et il faudra s'appuyer sur la jurisprudence afin d'obtenir des éléments. En toute hypothèse, ces définitions ne comprennent que très peu le corps humain et, lorsque tel est le cas, l'aboutissement de la démarche demeure critiquable. Ceci entraîne alors inévitablement des conséquences et des inégalités quant à la protection de l'être humain. En effet, celui-ci n'est pas soumis à une définition uniforme de la personne et ne peut alors pas toujours bénéficier de son statut, ce qui se répercutera sur le corps qu'il habite.

52. Annonce de plan - Le droit doit affronter ces imprécisions quant à la notion de personne. Le droit international ne semble pas avoir trouvé un consensus **(1)**, tandis que les quelques éléments contenus dans le droit interne font primer les critères de la vie et de la naissance **(2)**.

¹³⁹ La conscience est définie comme le « sentiment de soi-même ou mode de la sensibilité générale qui nous permet de juger de notre existence », Dict. Littré, v° *Conscience*. En référence à l'ensemble des facultés morales et intellectuelles de l'individu, les termes de « conscience », ou d' « esprit » seront préférés à celui d'âme, comportant une connotation religieuse.

1) *Les incertitudes en droit international*

53. La personne dans les textes internationaux – Les textes internationaux, comme la jurisprudence, ne donne pas de définition précise de ce qu'est la personne humaine. Ainsi, l'article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CESDH)¹⁴⁰ précise que l'ensemble des droits qui y sont consacrés a pour bénéficiaire « toute personne relevant de leur juridiction ». Ce terme se retrouve également aux articles 2 et 3 de cette même Convention, lesquels énoncent respectivement que « le droit de toute personne à la vie est garanti par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de vie », et « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». La problématique est connue, que faut-il entendre par « personne » ? De la même manière, le terme d' « enfant » est par exemple défini comme « un être humain âgé de moins de 18 ans » dans la Convention de New York¹⁴¹, ce qui ne résout guère la question du commencement de la personne humaine, ni celle de sa définition.

La Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine¹⁴² ne définit pas non plus cette notion, le rapport explicatif précisant « qu'en l'absence d'unanimité parmi les États membres du Conseil de l'Europe sur la définition de ces termes il a été convenu de laisser au droit interne le soin éventuel d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application de la présente Convention »¹⁴³. Cette Convention a cependant pour objectif de « protéger l'être humain dans sa dignité et son identité »¹⁴⁴, de protéger « l'intérêt et le bien de l'être humain »¹⁴⁵ et d'imposer le respect des droits de la personne¹⁴⁶. Néanmoins, ce texte comprend deux articles mentionnant expressément le corps humain, interdisant de faire du profit sur celui-ci ou sur ses éléments et produits¹⁴⁷. Les embryons *in vitro* font également l'objet de dispositions puisque la Convention interdit par exemple la constitution d'embryons à des fins de recherche¹⁴⁸. Aussi

¹⁴⁰ Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, article 1^{er}.

¹⁴¹ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 article 1^{er} : « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

¹⁴² Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

¹⁴³ Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997, Rapport explicatif, n° 18.

¹⁴⁴ Article 1^{er} de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

¹⁴⁵ Article 2 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

¹⁴⁶ Article 1^{er} de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

¹⁴⁷ Articles 21 et 22 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

¹⁴⁸ Articles 19 et 20 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

convient-il de se tourner vers la jurisprudence internationale dans l'espoir d'obtenir davantage de précisions.

54. La personne dans la jurisprudence internationale – L'étude des quelques arrêts rendus en la matière ne se révèle pas particulièrement fructueuse. Dans un arrêt rendu le 18 octobre 2011¹⁴⁹, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) a précisé la notion d'embryon en s'appuyant sur la directive 98/44 CE. Interprétant cette directive, la CJUE considère que le terme d'embryon s'applique à tout ovule humain dès le stade de sa fécondation, dès lors que ce processus de fécondation peut aboutir au développement d'un être humain. La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) considère quant à elle, à propos de l'enfant à naître, « qu'il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention »¹⁵⁰. Ces quelques précisions ne font en réalité qu'entretenir la confusion car soit la jurisprudence s'abstient de toute définition, soit elle ne définit que le terme d'« embryon », qui ne présente que peu d'incertitudes. Néanmoins, les textes internationaux comme la jurisprudence internationale ne peuvent s'aventurer trop loin dans l'exercice de définition, du fait de la législation propre à chaque État sur cette délicate question. Dès lors, il convient de se tourner vers le droit interne pour peut-être y trouver les éléments de définition escomptés.

2) *La primauté du critère de la vie en droit interne*

55. La recherche d'éléments de définition dans les textes – S'il est acquis que le cadavre n'est plus une personne¹⁵¹ et que l'être né et vivant revêt cette qualification, il reste alors à définir le commencement de la personne humaine. Le droit pénal se référant expressément à « la personne humaine », peut-être contient-il des éléments de définition mais l'étude des incriminations relatives au corps en formation laisse dubitatif. Le législateur pénal

¹⁴⁹ CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle/Greenpeace* ; E. JUET, « Étendue de l'exclusion de brevetabilité portant sur les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales (Directive 98/44/CE) », *Environnement*, n° 11, p. 63 s. ; B. DE MALHERBE, J.-CH. GALLOUX, « L'arrêt Brüstle : de la régulation du marché à l'expression des valeurs », *Propriété industrielle*, 2012, n° 9, p. 7 s.

¹⁵⁰ CEDH, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France* ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2004, p. 799 s. ; F. MASSIAS, « Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naître ? », *RSC* 2005, p. 135 s. ; J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, p. 2456 s.

¹⁵¹ Voir *infra* n° 60 s et 295 s.

n'accorde aucune importance à la protection de l'être vivant avant sa naissance¹⁵². Les seules dispositions pénales concernant l'embryon sont celles réglementant les recherches dont il fait l'objet et qui créent un régime qui s'approche davantage de celui des choses que de celui des personnes¹⁵³. Le fœtus est quant à lui totalement ignoré du droit pénal. Il faut ajouter à son absence dans les incriminations le fait que ni la Cour de cassation, ni le Conseil constitutionnel ne semblent reconnaître l'existence de la personne humaine avant la naissance. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Haute cour que « le fœtus n'est pas "autrui" au sens du droit pénal »¹⁵⁴. Le Conseil constitutionnel considère pour sa part que l'embryon *in vitro* n'est pas un être humain, ce qui sous-entend *a contrario* que l'embryon conçu *in vitro* se voit appliquer cette qualification¹⁵⁵.

La Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, dite « Loi Veil », énonce toutefois dans son article 1^{er} que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie »¹⁵⁶ et l'article 16 du Code civil dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Il ressort tant de la loi que de la jurisprudence que la personne ne débute pas avant la naissance, à l'inverse de l'être humain. À la lecture de ces textes, la personne bénéficie donc d'une protection et ce dès le début de sa vie, par le truchement de sa qualité d'être humain. Cette dernière notion est cependant plus étendue que celle de personne et le Code pénal ne mentionne pas l'être humain comme une valeur sociale protégée, ce qui aurait pu donner une indication¹⁵⁷. Seul le droit civil semble alors être à même de fournir des éléments de définition, à tout le moins sur la notion d'être humain, qui semble débiter en même temps que la vie. Entrent alors en jeu des considérations biologiques, qui sont en réalité à l'origine des difficultés rencontrées.

56. L'humanité inhérente à la personne, source de difficultés - Selon P. MURAT, l'« expression personne humaine en droit est excessivement ambiguë. Elle est susceptible de

¹⁵² Voir *infra* n° 271. A l'exclusion des dispositions concernant la recherche sur l'embryon, voir *infra* n° 261.

¹⁵³ Sur le statut juridique de l'embryon, voir *infra* n° 263 s.

¹⁵⁴ Cass. Crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351, arrêt préc. Cass. ass. plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973, arrêt préc. Voir *infra* n° 271 s.

¹⁵⁵ Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343-344 DC, *JO* du 29 juillet 1994 ; *D.* 1995, p. 237 s., note B. MATHIEU ; B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron. n° 205, p. 205 s.

¹⁵⁶ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, article 1^{er}, *JORF* du 18 janvier 1975.

¹⁵⁷ Les seuls articles visant expressément les êtres humains sont relatifs à l'infraction de traite des êtres humains, voir les articles 321-6-1, 225-4-1, 225-24, 132-16-3 et 225-4-5 du Code pénal.

deux interprétations : une interprétation large qui recouvre la notion d'être humain et une interprétation étroite qui ne comprend que le sujet de droit titulaire de droits subjectifs »¹⁵⁸. Aux termes de la seconde interprétation, la personne humaine serait un concept juridique et l'être humain serait un concept biologique, « bien plus large que celui de personne humaine »¹⁵⁹. La personne humaine se distingue de la personne juridique en ce sens qu'elle est empreinte d'une réalité concrète et d'une humanité. C'est précisément cela qui crée les difficultés rencontrées par qui veut définir le commencement de la personne humaine. A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON démontrent que « le droit criminel, lorsqu'il protège la personne, se préoccupe moins de la personne au sens juridique que de la protection de la vie ou de l'espèce en tant que telles. Le droit pénal, à travers les incriminations visant les personnes, se soucie davantage de protéger un être humain, compris comme un être de chair, que de préserver une entité juridique abstraite, titulaire de droits et d'obligations »¹⁶⁰.

Or, l'être de chair n'est nul autre que l'être qui a un corps. La vie et l'intégrité physique, dont se préoccupe le droit pénal, ne sont autres que le corps, qui lui-même conditionne la qualité de personne humaine et d'être humain en étant en vie. Le corps est en perpétuelle évolution, depuis la première cellule de vie qui caractérise l'être humain jusqu'à la mort, qui entraîne sa décomposition. En conséquence, l'entité de chair dont le droit pénal se soucie n'est pas elle-même stable, ce qui explique les difficultés rencontrées pour définir la personne humaine en droit. Plus encore, si le corps conditionne la qualité de personne humaine, son omniprésence dans les incriminations dédiées à cette dernière semble logique.

L'analyse des règles juridiques, tant en droit international qu'en droit interne, n'a fourni que peu de précisions. Tout au plus sait-on qu'en droit civil et en droit pénal la personne débute à la naissance, ce qui entraîne des conséquences sur la protection de certaines valeurs existantes avant celle-ci, comme la vie. En d'autres termes, ce n'est pas le corps qui constitue une référence pour l'octroi de cette qualité, mais l'évènement de la naissance. L'analyse juridique de la notion de personne ne fournit pas d'explication à ce paradoxe, aux termes duquel le corps

¹⁵⁸ P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain et personne juridique », *Droit de la famille*, septembre 1997, chron. n° 9.

¹⁵⁹ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain comme valeur sociale pénalement protégée », in *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 339 s., spéc. p. 342.

¹⁶⁰ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc. spéc. p. 622.

humain est présent sans l'être dans le Livre II du Code pénal. Il convient alors de se tourner vers une analyse non juridique de cette notion.

B. L'analyse non juridique de la notion de personne humaine

57. La fonction du corps dans la notion de personne humaine – L'étendue considérable de la notion de personne humaine entraîne inévitablement de nombreuses incertitudes notamment quant à son commencement. S'il est en effet établi qu'un être né et vivant est une personne et que le cadavre ne l'est plus, il est moins aisé de déterminer si la personne commence à la naissance, dès l'apparition de la vie, ou encore dès lors qu'elle a un corps. Toutefois, il est certain que quelles que soient les hypothèses formulées le corps occupe une fonction dans la définition de la personne. Il faut alors déterminer les caractéristiques de cette fonction et plus précisément la manière dont ces deux notions interagissent. Cela devrait à terme expliquer comment le corps humain peut bénéficier de la protection du droit pénal sans apparaître comme un objectif de protection du législateur.

58. Annonce de plan – Cette notion est extrêmement vaste mais une première définition aboutira à présenter la personne humaine comme un être vivant et individualisé **(1)**. À la suite de celle-ci, l'analyse pourra se poursuivre et le corps apparaîtra comme le réceptacle de la personne **(2)**.

1) **La personne humaine, être vivant et individualisé**

59. Personne, humanité, espèce humaine et être humain – Définir la personne humaine suppose dans un premier temps d'analyser cette notion au regard des catégories plus générales auxquelles elle est susceptible d'appartenir. Espèce humaine et humanité seraient-elles subsumées par la personne humaine, ou est-ce au contraire la personne qui est subsumée dans ces deux premières catégories¹⁶¹ ?

Selon le dictionnaire Littré, l'humanité est « le genre humain, les hommes considérés comme formant un être collectif »¹⁶², autrement dit il s'agit de tout ce qui a trait à l'humain dans sa dimension collective. L'espèce humaine peut se définir comme une « division du genre, [une] réunion d'individus sous un caractère commun qui les distingue de ceux qui appartiennent au même genre »¹⁶³, soit le genre humain. L'être humain peut quant à lui se définir comme ce qui possède les caractéristiques de l'homme, mais également comme ce qui est en vie. En effet, ce terme doit être entendu au sens d'être *humain*, soit de posséder des caractéristiques humaines, mais aussi au sens d'*être* humain soit d'exister, d'être en vie. Ainsi, ces trois termes sont relatifs à ce qui a trait à l'humain, mais si humanité et espèce humaine sont exclusivement fondées sur le caractère humain le terme d'être humain inclut en outre la notion de vie.

La personne humaine appartient par conséquent à ces trois catégories. Possédant des caractéristiques humaines elle est rattachée à l'humanité ainsi qu'à l'espèce humaine et, dès lors qu'elle est en vie, elle revêt également la qualité d'être humain¹⁶⁴. En revanche, la personne ne comporte pas de dimension collective ce qui donne un premier élément de définition, celle-ci est un être humain individualisé. Ce terme mérite toutefois d'être précisé. Il conviendra alors de procéder par la négative, en excluant tout ce qui ne constitue par une personne.

60. Appréhension *a contrario* de la personne humaine – La personne est un être humain individualisé, représentant un fragment de l'humanité. Il faut néanmoins distinguer *la*

¹⁶¹ Le Code pénal reflète par ailleurs ces différentes catégories. Il pourrait en effet être déduit de l'intitulé du Livre II du Code pénal, « Des crimes et délits contre les personnes », que celui-ci est exclusivement consacré aux atteintes à la personne. Cependant, il abrite également des incriminations relatives à l'espèce humaine et à l'humanité.

¹⁶² *Dict. Littré*, v° Humanité.

¹⁶³ *Dict. Littré*, v° Espèce humaine.

¹⁶⁴ Néanmoins, la réciproque n'est pas vraie. Si la personne est un être humain, tout être humain n'est pas une personne car celui-ci se définit de façon beaucoup plus étendue qu'un être en vie qui possède les caractéristiques de l'homme.

personne d'*une* personne. *La* personne est un concept général renvoyant à l'humanité sous sa forme individuelle et impersonnelle, puisque non incarnée par un individu en particulier. À l'inverse, *une* personne renvoie à cette même forme individuelle d'humanité, mais incarnée par un individu dont la singularité est immuable. Tous les individus possèdent les mêmes caractéristiques qui font d'eux *la* personne, et ce sont ces caractéristiques qu'il conviendra d'identifier. Cependant, le critère de l'individualisation est insuffisant car le cadavre constitue lui aussi un référent individuel de l'humanité. Or, la qualification de personne ne lui est pas appropriée, ni même celle d'être humain puisqu'il n'est pas en vie. Les contradictions étant nombreuses, il convient de procéder par élimination et de prendre comme point de départ le postulat communément admis, selon lequel le corps mort n'est pas une personne.

Le cadavre ne peut être considéré comme une personne car la fin de la vie entraîne la fin de la personne humaine. En effet, la vie qui anime le corps permet à l'individu d'interagir avec le monde. Le cadavre représente ce qu'une personne a été et ne sera plus, il n'est donc rien de plus qu'un corps mort. De ce fait, le corps n'est pas le seul élément de définition de la personne. La qualification d'être humain ne saurait également s'appliquer puisqu'elle suppose d'être en vie. Néanmoins, le cadavre a trait au genre humain puisqu'il s'agit d'un corps humain. Ainsi, il ne serait ni une personne ni un être humain mais serait part entière de l'humanité. De surcroît, le cadavre, les cendres ou les ossements appartiennent à l'espèce humaine, puisque leur caractère humain les distingue des autres espèces et les rattache au genre humain. Le critère de l'humanité ne semble donc pas suffisant à lui seul pour définir la personne, ce qui explique que les éléments et produits du corps humain ne sont pas la personne.

Lorsqu'ils sont rattachés au corps humain les éléments et produits empruntent à la qualification de ce corps, qu'il soit en formation, personnifié ou en décomposition. Lorsqu'ils sont détachés du corps, ils conservent leur nature humaine mais ne répondent ni à la définition de personne ni à celle d'être humain, faute d'être animés par la vie. Il pourrait être soutenu que la personne fait l'objet d'un prolongement dans ses éléments et produits, lesquels la représenteraient, mais ce serait réduire l'homme à un assemblage d'organes. Fragmenté, le corps représente l'humain sous une forme purement organique. Ainsi, tout au plus les éléments et produits peuvent-ils appartenir à l'humanité ou à l'espèce humaine. La personne se définit pour le moment comme un être vivant et individualisé, auquel il faut reconnaître une dimension spirituelle.

2) *Le corps, réceptacle de la personne humaine*

61. La personne, être doté d'une conscience de soi – Les principes inhérents au respect de la personne humaine font obstacle à une conception purement biologique de l'homme, qui se réduirait à ensemble de ressources biologiques. De surcroît, la personne est un être qui interagit avec le monde, ce qui lui confère une dimension spirituelle. La personne peut alors être conçue comme une entité composée d'un corps et d'un esprit¹⁶⁵, car s'ils ont longtemps été dissociés, « l'esprit est une fonction corporelle ; il en constitue le produit indissociable »¹⁶⁶. La personne humaine est donc le résultat de cette fusion et se définit au terme de cette démonstration comme un être vivant, possédant des caractéristiques humaines et doté d'une conscience de soi. Pour autant, ce dernier critère n'est pas totalement opérant car les individus vivants n'ayant pas accès à leur conscience conservent leur qualité de personne. Les individus en état végétatif, ou coma profond, « gardent des fonctions végétatives, à condition que des soins excellents leur soient prodigués »¹⁶⁷. Par définition, ces patients ne peuvent avoir accès à leur conscience puisque l'état végétatif exclut toute activité intellectuelle et spirituelle. La Cour de cassation considère pourtant que les individus déclarés en état de coma profond sont toujours des personnes humaines¹⁶⁸. La personne est donc un être humain doté d'une conscience de soi, ce qui suppose d'être en vie.

62. Prééminence de la vie et de la fusion entre le corps et l'esprit – La vie qui habite le corps constitue *a priori* le critère qui détermine le commencement de la personne humaine. Le corps humain abrite la vie et s'anime avec elle, ce qui permet la naissance d'une conscience aboutissant à une fusion avec l'esprit. Cependant, à s'en tenir à ce seul élément distinctif, le corps en formation est une personne humaine puisqu'il abrite la vie. Il faudrait dès lors admettre que les premières cellules de vie constitueraient une personne, sans être suffisamment formées pour abriter un esprit et constituer un être doté d'une conscience de soi. Au-delà, si l'instant où la conscience quitte le corps peut désormais être identifié¹⁶⁹, il est en revanche très difficile

¹⁶⁵ Pour une présentation des doctrines matérialistes et spiritualistes voir J.-P. DOUCET, *La protection de la personne humaine*, Gazette du Palais, 4^{ème} édition, p. 29 s.

¹⁶⁶ F. ZÉNATI, TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op. cit., spéc. 219.

¹⁶⁷ CCNE, Avis n° 7 du 24 février 1986 sur les expérimentations sur les malades en état végétatif chronique.

¹⁶⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 22 février 1995, n° 92-18.731 ; *JCP G* 1996, II 22570, note Y. DAGORNE-LABBÉ.

¹⁶⁹ Sur la détermination des critères de la mort, voir *infra* n° 300.

d'établir avec certitude celui où elle le rejoint¹⁷⁰. En outre, cela suppose avant tout de déterminer le moment où l'amas de cellules peut être considéré comme un corps, ce qui n'est pas sans soulever de difficultés.

Le corps de l'embryon, puis du fœtus¹⁷¹ étant constamment en formation, il semble vain de déterminer, en dehors du cadre juridique, un seuil à partir duquel le corps en formation *in utero* peut être considéré comme une personne humaine¹⁷². De même, il est par définition impossible de déterminer un moment précis où l'embryon et le fœtus deviennent un corps, ce dernier étant en formation permanente jusqu'à la naissance. En réalité, le corps est le siège de la personne humaine en ce sens que lui seul permet la fusion avec l'esprit qui va donner naissance à une personne. Si le corps meurt, la personne humaine meurt avec lui.

En conséquence, s'il donne l'illusion d'être entré dans les préoccupations du législateur c'est d'une part car il est le support de la personne et, d'autre part, parce que lorsqu'il n'est plus en vie il reste humain. Ainsi, il est à la fois pris en compte par le truchement de la personne et dissimulé par la prééminence de cette dernière en droit pénal. Il n'en reste pas moins que le législateur pénal ne l'a pas expressément consacré comme une valeur sociale protégée, statut qui ne peut dès lors qu'être présumé.

63. Conclusion de la Section 1 – Ces premiers développements avaient pour objectif de déterminer la manière dont le législateur appréhende le corps. Les valeurs jugées centrales pour la société sont consacrées par le législateur pénal, ainsi il a fallu rechercher si le corps avait bénéficié de ce traitement. L'identification des valeurs sociales protégées, essentiellement fondée sur la formule et la substance du texte d'incrimination, a mis en exergue la prééminence de la personne humaine et non du corps. Pourtant, celle-ci est tout de même protégée en son corps, car elle comporte une dimension physique dont les atteintes sont réprimées. « *Substratum* de la personne »¹⁷³, le corps humain marque inévitablement l'incrimination de son empreinte

¹⁷⁰ « Si pour les stoïciens, [...] l'âme ne rejoint le corps qu'au moment de la naissance ; pour d'autres, [...] l'embryon est animé dès sa conception. Encore une troisième école, intermédiaire, estime-t-elle que l'âme humaine ne saurait s'unir au corps qu'à partir du moment où celui-ci est suffisamment développé pour présenter forme humaine », J.-P. DOUCET, *La protection de la personne humaine, op. cit.*, p. 29.

¹⁷¹ L'embryon devenant un fœtus à partir de la onzième semaine de grossesse.

¹⁷² Sur l'évolution permanente du corps et les difficultés que cela entraîne dans toute entreprise de définition, voir *supra*, n° 2.

¹⁷³ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, Tome I, 2^{ème} édition, PUF, 2017, p. 381.

et fait surgir un paradoxe. En effet, il n'est pas, *a priori*, un objet de protection du droit pénal, mais suscite tout de même son attention indirecte.

Ce paradoxe a été résolu par la recherche des éléments constitutifs de la personne, qui a démontré que le corps et la personne étaient en réalité indissociables. La personne se définit comme la fusion du corps et de l'esprit. Le corps constitue le siège de la personne en ce qu'il la représente dans le monde empirique. Celui-ci semble alors appréhendé par le droit pénal comme une valeur sociale incidente car il bénéficie de valeurs reliées à la personne humaine.

Il n'est cependant pas complètement absent de l'incrimination, car il a été observé que les termes de « corps », d'« embryon » ou encore de « cadavre » émergeaient parfois explicitement dans les textes. Dissocié de la personne, le corps semble recevoir, dans ces hypothèses, un traitement différent. Ceci laisse à penser que le corps serait une valeur sociale à part entière, expressément reconnue par le législateur, et non une valeur qui bénéficierait indirectement de la reconnaissance, par le législateur pénal, de la personne.

Section 2 : Le corps, valeur sociale apparente

64. Le « corps biologique »¹⁷⁴, générateur d'un cadre législatif – L'appréhension du corps par le législateur pénal se modifie lorsqu'il s'agit non plus du corps de la personne, au sens général, mais du corps biologique c'est-à-dire le corps « utilisé soit comme une entité biologique, soit comme ressource d'éléments biologiques »¹⁷⁵. L'une des finalités du droit pénal est de protéger des « valeurs élémentaires de la vie sociale »¹⁷⁶, « extra-juridiques »¹⁷⁷, dont le contenu n'est pas immuable. Les incessantes évolutions scientifiques et les nouvelles considérations éthiques et sociales amènent parfois à étendre, voire à reconsidérer le contenu de ces valeurs. Ces évolutions ont entraîné un nombre considérable d'interrogations dans des domaines variés tels les prélèvements d'organes, les procréations médicalement assistées, le devenir des embryons congelés, les atteintes au cadavre, le diagnostic prénatal, l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou encore les thérapies géniques. Terrain privilégié de la recherche scientifique, le corps humain a peu à peu émergé dans les préoccupations sociales et législatives, ce que l'évolution juridique dans le domaine de la bioéthique ne fait que confirmer.

Le droit et la science entretiennent des relations étroites car la science participe de l'évolution d'une société. Or le droit a pour vocation de réglementer cette évolution, ce que le législateur pénal concrétise en choisissant les valeurs à protéger. Tâche d'autant plus ardue que la recherche scientifique met constamment en balance les biens juridiques protégés, tels que la liberté individuelle de la personne et le respect de son corps. Un des principaux objectifs des lois dites de « bioéthique »¹⁷⁸ fut de créer un statut juridique du corps humain, par le biais de dispositions protectrices dont le droit pénal s'est saisi. Les interrogations précédentes quant à la présence sporadique des termes de « corps » ou d'« embryon » dans le Code pénal vont alors pouvoir trouver des réponses. Le législateur pénal a en effet été contraint de réglementer

¹⁷⁴ Expression empruntée à D. THOUVENIN, « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois "bioéthiques" », *Champ psychosomatique*, 2009/3, n° 55, p. 39 s.

¹⁷⁵ *Ibid.*, spéc. p. 40.

¹⁷⁶ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 1, cité par E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », art. préc., spéc. p. 415.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* du 30 juillet 1994. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* du 30 juillet 1994.

l'utilisation du « corps biologique », qui n'apparaît plus cette fois comme un objet sous-jacent de l'incrimination, occulté par la personne humaine, mais de façon autonome.

65. Annonce de plan - L'émergence du corps humain dans les textes indépendamment de la personne le fait apparaître comme l'objet de l'incrimination. L'apparition de ce phénomène est due au fait que le droit a d'abord été saisi par le corps humain (§ 1), avant que le législateur lui-même n'ait été contraint de s'en saisir (§ 2).

§ 1 - Le droit saisi par le corps

66. L'utilisation du corps et la protection de la personne – Couplé à l'évolution incessante des techniques médicales, le potentiel qu'offre le « corps biologique » ne peut que conduire à une évolution perpétuelle de la science et des manipulations sur le vivant. Ce que E. DELEURY a qualifié d'« éclatement du sujet »¹⁷⁹ revient à décrire le double statut dont est dotée la personne. À la fois sujet lorsqu'elle est considérée dans sa globalité, son corps glisse à chaque fois un peu plus vers la qualification d'objet lorsque sont exploités ses éléments et produits. Il faut dissocier ces deux statuts afin d'éviter d'user de la personne comme un moyen, mais parallèlement il faut admettre que les éléments et produits de son corps constituent des ressources biologiques parfois inestimables.

67. La maîtrise du progrès scientifique - Le corps humain peut en effet être exploité dans sa globalité et servir de nombreux intérêts. Il peut être utilisé au profit de la collectivité car la recherche scientifique participe par exemple à la guérison de certaines maladies, mais aussi au profit de la personne dans son individualité, qui peut voir en ces techniques l'opportunité de maîtriser son corps davantage. Il est ainsi tentant de poursuivre inlassablement ces progrès, dans une optique d'amélioration constante de l'humain. Ces manipulations affectent alors les modèles sociaux, le regard porté sur l'éthique et sur la morale ou encore la notion même de « personne », ou d' « humain ». La nécessité d'une réglementation, qui mènera aux lois de bioéthique, commence alors à poindre d'autant que le droit subit inévitablement ces bouleversements.

¹⁷⁹ Assemblée nationale, Rapport n° 1057 du 25 mars 1994 fait au nom de la commission spéciale.

68. Annonce de plan - Il sera démontré au fil de ces développements que l'exploitation du corps biologique est inéluctable (**A**), rendant de fait sa réglementation indispensable (**B**).

A. L'exploitation inéluctable du corps biologique

69. Le corps, puits de ressources biologiques – Les progrès médicaux ne cessent de repousser les limites du vivant, de la santé et conduisent à permettre des manipulations sur le corps humain. Au fil des années, les découvertes scientifiques se sont ensuivies et paraissent infinies car les ressources biologiques du corps sont intarissables.

Ces nombreuses possibilités offertes par le corps le mettent peu à peu au service de la collectivité d'une part (**1**), et au service de l'individualité d'autre part (**2**).

1) Le corps au service de la collectivité

70. Les recherches sur l'embryon – La science se saisit du corps de la personne mais également de celui de l'embryon. Les embryons faisant l'objet de recherches sont pour la plupart issus de l'abandon du projet parental dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. L'assistance médicale à la procréation consiste à « provoquer la rencontre d'un ovule et d'un spermatozoïde en laboratoire »¹⁸⁰. Conçue pour remédier à l'infertilité d'un couple ou pour éviter à l'enfant ou à un membre du couple la transmission d'une maladie grave¹⁸¹, la procréation médicalement assistée peut aboutir au don des embryons qui ne font plus l'objet du projet parental à un couple receveur, à la recherche, ou encore à leur destruction¹⁸². Il a également été observé qu'aux termes de l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique, certaines recherches biomédicales menées dans le cadre d'une procréation médicalement assistée peuvent être réalisées sur l'embryon *in vitro* avant ou après son transfert à des fins de

¹⁸⁰ Source : <https://www.inserm.fr/thematiques/biologie-cellulaire-developpement-et-evolution/dossiers-d-information/assistance-medicalement-a-la-procreation> (dernière consultation le 15 septembre 2017). Article L. 2141-1 du Code de la santé publique.

¹⁸¹ Article L. 2141-2 du CSP. Pour une illustration récente, voir CAA Nancy, 15 juin 2017, JurisData n° 2017-12183 ; J.-R. BINET, « Pas d'assistance médicale à la procréation pour un homme ayant subi une vasectomie », *Droit de la famille*, septembre 2017, comm. n° 195.

¹⁸² Article L. 2141-4 du CSP.

gestation, si chaque membre du couple y consent. Ces embryons alimentent donc la recherche scientifique, dont l'un des principaux domaines concerne les cellules souches embryonnaires.

Si la recherche sur les cellules souches soulève un nombre important d'interrogations voire de critiques, leur potentiel est considérable. La thérapie cellulaire permet de restaurer des tissus ou organes endommagés en injectant au patient des cellules obtenues à partir de cellules multipotentes, c'est-à-dire capables de créer suite à des manipulations un organisme complet, ou pluripotentes, dont l'action sera limitée à la création d'un organe ou tissu en particulier¹⁸³. Les cellules souches embryonnaires¹⁸⁴ possèdent un fort potentiel thérapeutique car certaines d'entre elles sont multipotentes et permettent ainsi, entre autres, d'appréhender la survenance et l'évolution de certaines maladies, de créer des tissus en vue d'une greffe et de pallier la défaillance de certains organes¹⁸⁵. Elles pourront par exemple conduire à la formation d'un placenta, de certaines parties du cœur¹⁸⁶ ou à la lutte contre les maladies dégénératives comme Alzheimer ou Parkinson. L'embryon constitue, on le verra, un réel sujet de préoccupation pour le législateur car son statut est ambivalent. Au demeurant, il n'est pas le seul objet d'expérimentation car même si les recherches sur la personne sont par définition plus restreintes, son corps est également exploité à cette fin.

71. Le corps expérimenté – Les progrès scientifiques se sont accompagnés de l'émergence du corps humain dans les préoccupations sociales et politiques. L'humain a commencé à être perçu comme un terrain d'exploitation, parfois au détriment de la personne qui l'habite. Les expérimentations médicales n'étaient que découvertes, masquant la nécessité d'un consentement du patient. Les cellules souches embryonnaires et adultes ont commencé à

¹⁸³ Les cellules souches adultes sont multipotentes, c'est-à-dire qu'elles peuvent contribuer à la formation ou à la régénération de tissus distincts. Étant adultes, elles sont déjà spécialisées puisque engagées dans un programme tissulaire spécifique mais peuvent néanmoins donner naissance à plusieurs types cellulaires. Elles servent essentiellement à régénérer des tissus lésés voire vieillissants en remplaçant les cellules mortes, assurant ainsi la pérennité de l'organe. Elles ne peuvent créer un organisme complet.

¹⁸⁴ Ces cellules sont prélevées sur l'embryon issu d'une fécondation *in vitro* et ne faisant plus l'objet d'un projet parental (article L. 2151-5 II du CSP) ou sur le sang de cordon placentaire.

¹⁸⁵ Source: <http://www.inserm.fr/thematiques/immunologie-inflammation-infectiologie-et-microbiologie/dossiers-d-information/cellules-souches-embryonnaires-humaines> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

¹⁸⁶ Ainsi, parmi les nombreuses avancées issues de la recherche sur les cellules souches, certains chercheurs internationaux ont créé une banque de « mini-organes » afin de pallier la pénurie d'organes. Ces recherches sont basées sur le mécanisme de développement des organes chez l'embryon et ont pu permettre la création, entre autres, d'un « mini-cerveau ». Il serait donc envisageable à terme de créer des organes à partir de cellules souches puis de les greffer sur les patients. Voir B. PRUD'HOMME et N. GOMPEL, « Des mini-organes cultivés *in vitro* », *in Le Monde Médecine*, 4 août 2015, disponible sur http://www.lemonde.fr/medecine/article/2015/08/04/des-mini-organes-cultives-in-vitro_4710784_1650718.html (dernière consultation le 15 septembre 2017).

révéler leur potentiel dans la guérison de certaines maladies, contribuant ainsi à la régénération du corps malade. Le clonage humain, tenté une première fois en 1952¹⁸⁷, a participé à l'instrumentalisation de l'embryon, perçu comme un outil de recherche et non plus seulement comme le début de la vie. Ces expérimentations concouraient toutes ou presque à l'amélioration de la santé de l'humain, à l'accès à la procréation et au recul de la fin de vie. Avec ces progrès permanents était toutefois alimentée une instrumentalisation du corps, au détriment de la personne qui devait pourtant en être la première bénéficiaire. Plus encore, les découvertes incessantes semblent inarrêtables car le corps regorge de ressources biologiques qui poussent à améliorer inlassablement l'être humain. Ceci se traduit également par la possibilité de faire don de certaines parties du corps, qui deviennent peu à peu interchangeables entre les patients.

72. Le « corps solidaire »¹⁸⁸ – Le corps constitue un puits d'éléments et produits, parfois utilisés dans la perspective purement altruiste du don d'organes qui ne cesse de s'étendre. Le XIX^{ème} siècle a été témoin de greffes de peau, de greffes rénales, tentées la première fois en 1952, de greffes de cornées et de certains tissus¹⁸⁹. Puis, à la fin des années soixante les médecins sont parvenus à greffer des cœurs, des foies ou encore des cellules souches. Il est aujourd'hui possible de faire don de son visage, opération inenvisageable il y a quelques années encore. Les découvertes ont montré que les greffons provenant de donneurs vivants survivaient mieux que ceux prélevés sur des personnes décédées et le don d'organes s'est étendu. Le corps devient alors une machine dont on peut remplacer les pièces. Au surplus, un corps peut en remplacer un autre car les techniques médicales d'assistance à la procréation permettent aujourd'hui à un à couple de faire don de ses embryons, autrement dit d'êtres humains en voie de développement, à la recherche ou à un autre couple en vue d'un projet parental. Le caractère altruiste de cet acte n'a pas engendré de profit au bénéfice du donneur, la règle de la gratuité s'imposant d'elle-même. En revanche, certains de ces éléments biologiques peuvent parfois constituer une source de bénéfices considérables, projetant ainsi le corps sur le marché économique.

¹⁸⁷ H. ATLAN, « Le “clonage” thérapeutique », *Médecine et Sciences*, n° 5, 2002, p. 635 s.

¹⁸⁸ Expression empruntée à X. BIOY, « Le corps solidaire », *Journal International de Bioéthique*, 2014/2, vol. 25, p. 137 s.

¹⁸⁹ Source : <https://www.inserm.fr/thematiques/sante-publique/dossiers-d-information/transplantation-d-organes> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

73. Le corps sur le marché économique – En 1976 l'affaire « John Moore », dit « l'homme aux cellules d'or » a soulevé des interrogations quant à la qualification juridique du corps humain, ou plutôt à son absence de qualification¹⁹⁰. Ce patient souffrait d'une leucémie et a subi à ce titre plusieurs examens, aux termes desquels les médecins ont découvert que ses cellules présentaient des propriétés pouvant contribuer à un traitement contre le cancer. Leurs recherches durèrent sept ans, alors que le patient qui avait consenti au prélèvement n'en était pas informé. Les médecins parvinrent ensuite à breveter et commercialiser la lignée cellulaire, qui se révéla particulièrement lucrative puisque les bénéfices furent estimés à 3 milliards de dollars¹⁹¹. Informé de cette exploitation des produits de son corps, John Moore intenta une action en revendication de ses cellules afin d'obtenir une partie des bénéfices. Il demandait d'une part à ce que soit reconnu un droit de propriété sur ces cellules et, d'autre part, d'admettre qu'elles puissent constituer une source de profit. Le 9 juillet 1990 la Cour suprême de Californie a refusé de lui reconnaître un droit de propriété sur le brevet car il n'était pas l'inventeur du traitement, ni sur des éléments et produits du corps voués à destruction.

S'est alors posée la question qui taraude encore aujourd'hui la doctrine : peut-on revendiquer un droit de propriété sur les éléments et produits détachés de son corps ? Les perspectives s'inversent peu à peu car le corps utilisé dans l'intérêt de l'autre devient aussi le corps exploité au bénéfice de soi. Doit-on, au nom de cette intimité qui lie la personne à son corps, admettre sa réification ? Force est de constater que le corps biologique glissait déjà, bien avant cette affaire, sur le terrain du « corps-outil ». L'individu est alors peu à peu relégué au second rang et finit par réclamer des droits lorsqu'il y trouve un intérêt.

Parallèlement, ces préoccupations ne cessent de croître même en l'absence de toute dimension économique. La personne reste en effet la première utilisatrice du corps qui la compose, ce qui explique la montée en puissance de l'autonomie personnelle. Terrain d'expression de soi, le corps humain est devenu peu à peu le symbole d'une maîtrise de soi.

2) *Le corps au service de l'individualité*

¹⁹⁰ B. EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », *D.* 1989, chron. p. 225.

¹⁹¹ M.-A. HERMITTE, « L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété », in *Le Monde diplomatique*, décembre 1988, p. 20 s.

74. La mise à disposition du corps – La maîtrise de son corps renvoie à de multiples configurations et peut se cantonner à une utilisation personnelle comme altruiste. Le don d'organes, précédemment étudié¹⁹², n'est autre qu'une mise à disposition de certaines parties de son corps. Cet altruisme a pu aller jusqu'à vouloir porter l'enfant d'autrui. Arguant d'une « location d'utérus », de l'exploitation des femmes, ou encore de la création d'« enfant-objets », nombre d'associations se sont opposées à la pratique de la gestation pour autrui. La Cour de cassation reconnut, antérieurement aux lois de 1994, le principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, garant du respect de la dignité de l'individu¹⁹³. Ce principe, d'origine exclusivement jurisprudentielle car le législateur n'avait jamais eu à se saisir de la question en ces termes, mit un premier frein à la volonté individuelle. Celle-ci n'a pourtant fait que s'étendre au travers de la liberté sexuelle, artistique ou encore esthétique¹⁹⁴. Les différents actes tendent à la maîtrise de soi, de sa personnalité et vont jusqu'à refuser le corps tel que la nature l'a donné à l'humain, comme en témoigne le transhumanisme.

75. Le transhumanisme – La fin du XX^{ème} siècle a vu naître le mouvement transhumaniste, dont l'objectif premier est d'améliorer ses conditions physiques et intellectuelles. En rejetant les limites naturelles de la biologie, les transhumanistes aspirent à une perpétuelle évolution de l'humain et, davantage, à transformer l'Homme au travers de son corps¹⁹⁵. Les nanotechnologies¹⁹⁶, la nanomédecine¹⁹⁷ et autres procédés scientifiques pourraient ainsi mettre fin aux techniques naturelles de procréation, voire de gestation. Des chercheurs américains ont par exemple mis au point un utérus artificiel pour les grands prématurés¹⁹⁸, qui constituera à l'avenir une technique de gestation à laquelle le droit devra se confronter et qui illustre son inévitable évolution. Poussée à son paroxysme, cette technique remplacera peut-être la gestation pour autrui actuellement au centre de débats qui n'auront alors

¹⁹² Voir *supra* n° 72.

¹⁹³ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 (*Alma mater*), arrêt préc.

¹⁹⁴ Voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre II.

¹⁹⁵ Sur l'homme augmenté, voir *infra* n° 237 s.

¹⁹⁶ Les nanotechnologies correspondent à la fabrication de technologies microscopiques, soit « l'ensemble des techniques et des outils qui permettent d'étudier ou d'interagir avec les phénomènes particuliers qui existent au niveau nanométrique ou nanoscopique ». Source : <http://www.inserm.fr/thematiques/technologies-pour-la-sante/dossiers-d-information/les-nanotechnologies-nouveau-pan-de-la-medecine> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

¹⁹⁷ La nanomédecine est l'application des nanotechnologies au domaine médical, par exemple l'administration de médicaments sous forme de capsules intégrées dans le cerveau.

¹⁹⁸ H. MORIN, « Un utérus artificiel pour grands prématurés testé sur le mouton », *Le Monde*, 25 avril 2017, disponible sur http://www.lemonde.fr/sciences/article/2017/04/25/un-uterus-artificiel-pour-grands-prematures-teste-chez-le-mouton_5117316_1650684.html. (dernière consultation le 15 septembre 2017).

plus cours, laissant place à d'autres interrogations. En réalité, ces quelques exemples illustrent des conceptions diverses de la « bonne vie », c'est-à-dire la vie définie subjectivement par un individu en fonction de ce à quoi il aspire pour lui-même. Or ce critère est particulièrement subjectif, en témoignent notamment les controverses autour de la notion de dignité appliquée à la sphère de l'autonomie personnelle¹⁹⁹.

Ces quelques développements, non exhaustifs au regard des possibilités infinies qu'offre le corps, expliquent qu'il fasse l'objet de recherches incessantes. Il se trouve ainsi dissocié de la personne tout en lui étant intimement lié, et bouleverse les rapports qu'ils entretiennent. Des préoccupations nouvelles surgissent et confrontent le droit à des domaines méconnus jusqu'alors.

B. La réglementation indispensable du corps biologique

76. Le droit rattrapé par la science – Influencée par l'élargissement du champ des possibles, la société évolue à son tour dans sa conception de la morale et du progrès social. Les rapports qu'entretiennent la science et le droit justifient l'intervention de ce dernier, d'une part au regard de l'évolution des considérations sociales, et d'autre part car les présupposés du législateur s'effritent. Ce dernier se trouve confronté à des problématiques nouvelles et nécessitant une approche différente, puisque la science invite à la prise de conscience. Il lui faut en effet réglementer le vivant et s'adapter à l'évolution des modèles sociaux, eux-mêmes influencés par les progrès scientifiques. Ces évolutions vont peu à peu bouleverser ce qui paraissait être acquis et qui constitue les fondements du système juridique.

77. Annonce de plan – L'exploitation et l'amélioration du corps biologique amènent alors de nouvelles problématiques, qui vont inciter le droit à se confronter notamment aux questions éthiques **(1)** et qui emporteront des conséquences **(2)**.

1) La rencontre entre le droit et l'éthique

¹⁹⁹ Voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre II.

78. L'éthique et la morale – « Il est vrai qu'au-delà de notre simple logique juridique, ces problèmes sont étroitement liés à nos convictions et à notre conscience »²⁰⁰. L'éthique renvoie à ce « qui appartient à la morale »²⁰¹, notion évolutive qui entraîne inévitablement le droit dans son sillage. Dès lors, il faut admettre que l'objectif des lois de bioéthique est d'intervenir dans le domaine de la morale, alors même que morale et droit ne sauraient être confondus. Pour autant, cela n'est pas synonyme de danger parce que comme le souligne PROTHAIS, « l'on est passé de la morale au droit pour mieux faire respecter cette morale »²⁰². La création, en 1983, du Comité national d'éthique fut significative car le législateur a manifesté le souhait de ne pas être seul à décider de la réglementation à adopter pour répondre à ces nouvelles interrogations, ni de s'en remettre uniquement aux scientifiques²⁰³. La première loi adoptée fut la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales²⁰⁴. S'ensuivront les lois dites de bioéthique de juillet 1994, elles-mêmes ayant fait l'objet d'une révision par la loi du 6 août 2004²⁰⁵.

Le droit doit également composer avec la liberté de la recherche scientifique. Si la science doit pouvoir évoluer le droit ne saurait être mis à son service, ce qui induit alors la recherche permanente d'un équilibre. Mue par la promotion des intérêts collectifs, la liberté de la recherche sans limites juridiques deviendrait l'ennemi de ces intérêts, en ce qu'elle peut se révéler dangereuse pour l'espèce humaine. Ces intérêts collectifs se confrontent également aux libertés individuelles.

79. La régulation délicate des questions éthiques par le droit – S. TZITZIS décrit la bioéthique comme une « discipline scientifique et éthique, [qui] suit la fluidité de la vie dans ses manifestations historiques qui sont sociales, juridiques et politiques »²⁰⁶. L'auteur ajoute que « sous cet angle, la bioéthique peut être qualifiée en plus comme l'art du scientifique qui cherche à associer à ses exploits une morale inspirée par les finalités de l'homme que marquent

²⁰⁰ S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *LPA* 13 mai 1998, n° 57, p. 12 s.

²⁰¹ *Dict. Littré*, v° Ethique.

²⁰² A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, n° 15, I 129, spéc. n° 1.

²⁰³ Pour de plus amples développements sur « l'édification d'un droit de la bioéthique », voir D. THOUVENIN, « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1990, comm. législ. p. 149 s.

²⁰⁴ Loi n° 88-1138 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JO* du 22 décembre 1988.

²⁰⁵ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* du 7 août 2004.

²⁰⁶ S. TZITZIS, « De la capacité de comprendre l'homme au pouvoir de normer les faits », *Journal International de Bioéthique*, 2015/2, Vol. 26, p. 15 s., spéc. p. 16.

la culture et la civilisation »²⁰⁷. L'humanité n'est pas et ne sera jamais figée, aussi la bioéthique suivra ses mouvements. Elle a ceci de particulier que l'amélioration de la nature humaine à laquelle elle aspire lui confère une « tendance à aller contre les normes de la naturalité de l'homme »²⁰⁸.

L'une des difficultés rencontrées par le droit dès lors qu'il se saisit de ces questions est de devoir imposer, voire enfermer, dans des règles formelles, des phénomènes qui ont trait à l'être biologique soit l'un des objets, sinon l'unique, les plus évolutifs et infinis qu'ils soient. Pourtant, les quelques exemples précédents et ceux qui suivront démontrent que derrière la fécondation *in vitro*, la recherche sur l'embryon ou encore le don d'organes, se dissimulent ce que S. TZITZIS qualifie de « méta-valeurs »²⁰⁹, qui précèdent la norme. Elles conduisent par exemple à envisager l'embryon comme une personne potentielle et influent inévitablement, d'une part, sur l'opportunité d'édicter une norme et, d'autre part, sur le contenu de celle-ci. Ainsi, la question de la fin de vie ne trouve pas d'issue entièrement satisfaisante car il s'agit pour l'État de normer la mort.

Ces incertitudes sont à l'origine de la création de différentes instances, permettant aux spécialistes de s'affranchir quelque peu de la législation étatique, parfois obsolète ou excessivement contraignante dans un domaine en mouvement constant. Ainsi, en 1974 fut créé l'Institut national de la santé et de la recherche médicale et en 1983 le Comité consultatif national d'éthique, chargé de rendre des avis sur les interrogations éthiques liées aux questions de société qui sont guidées par les progrès de la biomédecine²¹⁰. L'État n'est plus seul pour répondre à ces questions spécifiques et les spécialistes ne peuvent se contenter de règles déontologiques.

80. Le droit rattrapé par l'évolution des modèles sociaux-naturels - À l'analyse des politiques législatives, il ressort que le législateur ne tient pas à s'éloigner des modèles socio-naturels. Les débats portant sur les différentes lois relatives à la procréation en constituent un exemple éloquent, en ce qu'ils ont pour objet la pérennité du modèle familial dit

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ S. TZITZIS, « De la capacité de comprendre l'homme au pouvoir de normer les faits », art. préc., p. 21.

²⁰⁹ *Ibid.*, spéc. p. 23.

²¹⁰ La biomédecine se définit comme « une médecine qui s'appuie sur les connaissances acquises grâce aux expérimentations sur l'homme ainsi qu'aux recherches dans le champ de la génétique », D. THOUVENIN, « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois "bioéthiques" », art. préc., spéc. p. 41.

« traditionnel »²¹¹ constitué d'un père et d'une mère. Les techniques de procréation médicalement assistée s'adressent à des couples hétérosexuels dont au moins l'un des membres est infertile. Or, le Comité consultatif national d'éthique a récemment rendu un avis préconisant l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels ainsi qu'aux femmes seules²¹². Ce glissement de la nécessité thérapeutique vers une égalité d'accès à la procréation modifierait la philosophie de la procréation médicalement assistée, et par extension celle des textes, si toutefois le législateur venait à suivre ces recommandations. Le « modèle traditionnel » de la famille perd peu à peu de son assise, en témoigne l'adoption du mariage homosexuel ou le nombre croissant de familles homoparentales ou monoparentales. Il n'est donc pas exclu que le législateur aille en ce sens, contraint par les mutations des modèles sociaux-naturels traditionnels. Plus largement, ces évolutions sociétales ont une forte influence sur certains acquis du système juridique, comme la *summa divisio* ou encore l'intangibilité de certaines valeurs sociales.

2) *Les conséquences de la rencontre*

81. Le bouleversement des catégories juridiques – Les hypothèses mettant à mal la *summa divisio* établie par le droit civil ne sont plus nouvelles et perdurent malgré l'adoption des différentes lois de bioéthique. Les tentatives du législateur pour octroyer un statut juridique au corps n'ont réellement débuté qu'avec les lois de bioéthique de 1994, qui ont mis en lumière les limites des catégories juridiques établies. En effet, l'octroi d'un régime juridique à un objet de droit commande de se prononcer sur sa nature et son statut. Par exemple, la réglementation des recherches sur l'embryon amène insidieusement à le traiter comme une chose, puisqu'il est admis qu'il peut faire l'objet de recherches, tout en devant composer avec son humanité qui pousse à l'intégrer dans la catégorie des personnes. Pourtant, le rapport MATTÉI a clairement recommandé « de s'en tenir à la réaffirmation du respect de la vie dès son commencement et de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon »²¹³. Ces difficultés ne sont pas propres au législateur, puisque peu de temps après, le Conseil constitutionnel a déclaré que le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie n'était pas applicable aux embryons

²¹¹ J. KARILA DE VAN, « Le corps et la morale », *LPA* 16 juin 1995, n° 72, p. 10 s., spéc. p. 19.

²¹² CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 « Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) ». La question de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes sera par ailleurs abordée dans le cadre de la révision de la loi de bioéthique prévue en 2018.

²¹³ Assemblée nationale, Rapport n° 1057 du 25 mars 1994 fait au nom de la commission spéciale.

fécondés *in vitro*²¹⁴, alors que le Comité consultatif national d'éthique avait qualifié l'embryon de « personne humaine potentielle »²¹⁵.

De même, l'extension du don d'organes par les lois de 1994 correspondait en réalité au renversement du principe d'indisponibilité du corps humain, puisqu'il pouvait être utilisé au profit de l'autre. Dès lors, peut-on toujours le considérer comme la personne au regard de la distance qui s'installe avec le sujet de droit ? Dans la négative, est-il une chose ? Lui octroyer une qualification juridique s'impose, car seule cette opération permettra de lui appliquer un régime correspondant à la catégorie juridique à laquelle il appartient. Cette distance avec le sujet peut par ailleurs constituer une menace pour certaines valeurs rattachées à la personne, comme les libertés individuelles, et contraint le législateur à réguler les intérêts protégés mis en balance.

82. La mise en balance des intérêts protégés – X. BIOY analyse par exemple la recherche biomédicale comme une démarche désormais solidaire²¹⁶. Si la personne s'y prêtant devait initialement en retirer un bénéfice personnel et direct, depuis quelques années elle est perçue comme « un collaborateur à une avancée de la recherche dans l'intérêt de tous, comme si on conciliait le droit des malades à ce qu'une recherche de qualité soit menée pour les soigner avec le droit à l'intégrité physique de la personne ». La solidarité favorise la recherche et se place de ce fait à l'origine d'une mise en balance des intérêts protégés, que le législateur doit réguler. Dans un tout autre domaine, les avancées en matière de génétique sont rapidement apparues comme des outils d'identification des individus par le biais des empreintes génétiques ou des tests ADN. Il fallait là aussi concilier la recherche avec les libertés individuelles, et plus particulièrement avec la protection de la vie privée. D. THOUVENIN en conclut qu'il était devenu indispensable que cette mise en balance, qui caractérise la bioéthique, soit encadrée par la loi, « non pas que des règles juridiques aient des vertus intrinsèquement supérieures, mais parce qu'elles étaient indispensables pour reconnaître la légitimité des intérêts d'autres personnes que celles sur qui les éléments biologiques du corps humain sont prélevés »²¹⁷. En outre, la bioéthique, formellement ancrée dans une logique de protection des droits de l'homme, devait

²¹⁴ Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc.

²¹⁵ CCNE, Avis n° 1 du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

²¹⁶ X. BIOY, « Le corps solidaire », art. préc., spéc. p. 140.

²¹⁷ D. THOUVENIN, « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois "bioéthiques" », art. préc., spéc. p. 45.

également être conciliée avec le versant économique de la recherche. Tous ces éléments, non exhaustifs, justifient une intervention législative dans un domaine auquel le droit était jusqu'à présent étranger.

83. La légitimité de l'intervention législative – Faiblement encadrées, ces pratiques scientifiques causèrent nombre de difficultés aux juges. Par exemple, la procréation médicalement assistée n'était que faiblement réglementée. Les solutions jurisprudentielles pouvaient par conséquent diverger sur l'acceptation ou le refus de l'insémination *post-mortem*. Ainsi, dans un jugement rendu le 1^{er} août 1984 le tribunal de Créteil a autorisé cette pratique²¹⁸, tandis que le tribunal de Toulouse s'y opposa quelques années plus tard²¹⁹. Ces préoccupations dépassaient le cadre de la vie privée des couples concernés pour devenir un véritable choix de société. Ces interrogations, et plus généralement toutes celles soulevées plus avant, poussent le législateur à devoir « arbitrer des conflits d'ordre philosophique ou idéologique »²²⁰. Le droit a donc été dans l'obligation de côtoyer la science, car les avancées scientifiques sont telles qu'elles enjoignent à une prise de conscience, seule garantie contre les dérives, à condition que le législateur se saisisse de ces questions²²¹.

Sur certains points, de telles avancées au profit de l'humain ne peuvent s'effectuer qu'à son détriment. Il est en effet inéluctable que certaines valeurs soient sacrifiées, ou à tout le moins mises en danger au profit d'autres. En réalité, la valeur qui suscite, depuis la sombre période nazie, le plus de sollicitude de la part du législateur est sans aucun doute la dignité. Il n'est pas exclu que les perspectives génétiques existantes et à venir aboutissent, si tel n'est pas déjà le cas, à une transformation de l'humain. Le corps est une « manifestation matérielle »²²² de la dignité, tout en étant à la disposition de la personne. La montée en puissance du corps biologique ainsi que les interrogations éthiques qu'elle soulève déteint sur le droit pénal en ce qu'il est garant des valeurs sociales protégées. Par exemple, aussi prometteur que le clonage soit pour la guérison de certaines maladies ou l'amélioration des techniques de procréation, l'espèce humaine s'en trouve forcément menacée. L'intervention du droit pénal est également

²¹⁸ Tribunal de Créteil, 1^{er} août 1984 ; *JCP G* 1984, II 20321, obs. S. CORONE.

²¹⁹ Tribunal de Toulouse, 25 mars 1991 ; *JCP G* 1992, II 20807, obs. PH. PEDROT.

²²⁰ S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », art. préc., spéc. p. 16.

²²¹ Ainsi, antérieurement aux lois de bioéthique le clonage d'un mammifère adulte a entraîné la saisine du CCNE. Voir CCNE, Avis n° 54 du 22 février 1997 Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif. Les lois de 1994 interdisaient la modification de la descendance de la personne humaine mais sans faire référence au clonage, voir S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », art. préc., spéc. p. 20.

²²² J. KARILA DE VAN, « Le corps et la morale », art. préc., spéc. p. 12.

symbolique en ce que l'édiction d'une incrimination solennise un délit ou un crime. À titre d'exemple, le clonage reproductif était à l'origine un crime contre les personnes et constitue désormais un crime contre l'espèce humaine.

Le corps humain est au centre des lois de bioéthique et se présente comme leur raison d'être, à la fois comme objet et comme moyen d'atteinte à l'être humain. Les multiples possibilités scientifiques qu'il offre ont fait émerger de délicates interrogations, auxquelles le droit a dû se confronter. Le législateur s'est donc emparé de la question par des dispositions qui ont reçu une traduction pénale, et qui expliquent que le Code pénal traite parfois le corps indépendamment de la personne. Peut-être faudra-t-il déceler dans cette consécration législative une volonté du législateur de l'ériger pleinement au rang de valeur sociale protégée.

§ 2 - Le corps saisi par le droit

84. Le corps exprimé par le droit – J. CRUET a écrit à juste titre que « la loi ne domine pas la société, elle l'exprime »²²³. Les développements antérieurs ont mis en évidence l'importance croissante du corps, dont il faut maintenant déterminer la place en droit pénal. S. ROUQUIE écrit quant à lui que « la prodigieuse accélération de la science entraîne aujourd'hui un sentiment d'incertitude et de crainte qui explique la volonté d'agir *a priori* de la loi »²²⁴. Or, ce sentiment d'incertitude n'est nul autre que le résultat redouté qui a motivé la création des incriminations contenues dans le Livre V du Code pénal, relatif entre autres aux atteintes à l'éthique. Conformément au principe d'*ultima ratio* le droit pénal ne peut punir tout comportement. Une sélection préalable des valeurs sociales protégées doit par conséquent être opérée par le législateur.

Celui-ci dispose d'une certaine liberté, en ce sens qu'il est titulaire du pouvoir de punir et du choix des biens juridiques qui feront l'objet d'une protection. Cette liberté est néanmoins relative car elle est soumise à certains critères de sélection qui guident le législateur dans ses choix. Or, fort des constats précédents, le législateur civil comme le législateur pénal se sont emparés du corps biologique pour en réglementer l'utilisation. Peut-être faut-il y voir la

²²³ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, cité par D. THOUVENIN, « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois "bioéthiques" », art. préc., spéc. p. 39.

²²⁴ S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », art. préc., spéc. p. 16.

consécration législative dont bénéficient les valeurs sociales protégées, ce qui expliquerait pourquoi le corps humain apparaît de façon sporadique et uniquement lorsqu'il s'agit du corps biologique. En cela, le corps humain apparaît dans ces hypothèses comme une valeur sociale pleinement reconnue par le législateur pénal.

85. Annonce de plan - Afin de répondre à ces interrogations, il sera démontré dans un premier temps que le corps humain est une valeur, à laquelle le législateur a accordé suffisamment d'importance pour la sélectionner parmi celles rattachées à la société (A). Puis, dans un second temps il sera démontré que le corps humain est une valeur consacrée par le législateur (B).

A. Le corps biologique, valeur sociale sélectionnée par le législateur

86. Les principes de nécessité et de proportionnalité, critères objectifs – La création d'une incrimination est par définition attentatoire aux libertés individuelles en ce qu'elle prescrit un élément impératif. En conséquence, une telle atteinte doit être strictement nécessaire²²⁵ et proportionnée à l'importance de la valeur sociale protégée. Il appartient au législateur d'établir une limite entre la protection des libertés individuelles au travers de la répression des atteintes aux valeurs sociales d'une part, et la protection des libertés individuelles au travers de la liberté de faire ou de ne pas faire d'autre part. Il convient donc de déterminer les valeurs dont la protection est nécessaire, tâche dont les développements précédents ont mis en exergue les difficultés. Le foisonnement des dispositions législatives et les préoccupations provoquées par la bioéthique laissent à penser, *a priori*, que les incriminations dont le corps fait l'objet sont nécessaires. Néanmoins, comme le relève A. DARSONVILLE la multiplication des textes produit parfois une « dilution des valeurs sociales à protéger »²²⁶. Il faudra alors s'interroger sur ces dispositions et surtout sur leur objet, car il a été démontré que le corps représente la personne dans sa dimension physique. Celle-ci étant déjà protégée par la vie et l'intégrité physique, peut-être en résultera-t-il une confusion de ces valeurs. S'il a pu constituer un critère de sélection des valeurs sociales protégées, le respect des principes de nécessité et de

²²⁵ Sur le principe de nécessité en tant que protection de l'ordre public, voir par exemple A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », in CH.- A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Cujas, 2013, p. 287 s., spéc. p. 290 s.

²²⁶ *Ibid.*, spéc. p. 291.

proportionnalité apparaît toutefois insuffisant car il suppose d'évaluer l'importance des valeurs, ce qui ne peut se concevoir qu'à l'aide de critères juridiques.

87. Le corps, valeur contribuant au progrès social ? – La sélection des valeurs sociales peut relever de la morale et revêtir un caractère arbitraire, aussi est-il nécessaire d'identifier des valeurs communes à la société. Pour ce faire, le législateur se réfère à un « minimum moral »²²⁷, soit « des valeurs essentielles ou de base qui sont extrajuridiques. Ainsi, on peut imaginer qu'à la base du droit pénal économique il y a une certaine conception déontologique, normative, dérivant du "minimum moral" qui exige d'abord l'honnêteté dans les affaires et ensuite la protection du petit et du faible contre le grand et le puissant »²²⁸. E. DARGENTAS propose de se référer à la notion de « progrès social », qu'il traduit comme la référence à « une vie dans le cadre d'une société où la paix règne et où chaque acte de l'homme, membre de cette société, contribue à renforcer cette paix en se solidarissant avec les autres. Ainsi, le droit pénal doit protéger les valeurs et intérêts qui contribuent à cette "communication axiologique" »²²⁹.

Ces valeurs seront protégées par le législateur pénal « en fonction de leur éventuelle capacité à contribuer au progrès social ou à la sécurité de la vie en commun des hommes dans la société ». Elles s'opposent donc à des intérêts qui, tout en ayant leur importance, ne contribuent pas assez au progrès social pour que leur atteinte justifie de restreindre les libertés individuelles par la création d'une incrimination. Transposé au domaine de l'éthique, le respect d'un « minimum moral » et d'une forme de progrès social tient en la protection de l'espèce humaine et du respect de l'éthique. Il est indéniable que ces valeurs contribuent au progrès social et ont à ce titre constitué les préoccupations premières du législateur à l'occasion des lois de 1994, mais aussi des lois de bioéthique qui ont suivi. Or le corps humain étant l'outil de cette science, l'unique vecteur de ce « minimum moral », ainsi que le moyen d'attenter à ces valeurs, il est *a priori* pertinent de l'ériger au rang de valeur sociale protégée. L'incrimination trouverait là sa *ratio legis* lui permettant d'ériger un rempart contre les dérives de la science. En toute hypothèse, la protection du corps humain peut être considérée comme contribuant à part entière à la protection du progrès social. Toutes les valeurs n'ont cependant pas la même importance,

²²⁷ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », art. préc., spéc. p. 415.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*.

donc cette méthode de sélection s'accompagne d'une recherche des valeurs communes à tous les hommes, celles-ci différant selon la société.

88. Le corps, valeur sociale commune ? – Une valeur sociale n'accèdera à la consécration législative que si elle compose l'essence d'une société à une époque déterminée. La Loi du 17 janvier 1975 dépénalisant l'interruption volontaire de grossesse, dite loi Veil, a fait l'objet de vives critiques car il était impensable pour certains que la femme puisse disposer de son corps. Or le XXI^{ème} siècle se distingue précisément, entre autres, par la revendication de ce droit. De la même manière, la question de la fin de vie est ardemment débattue alors qu'elle était à peine envisagée quelques années auparavant. Néanmoins, la prise en compte des mœurs d'une société ne suffit pas pour déterminer les valeurs sociales jugées dignes de protection car les convictions diffèrent. Il est impossible de sélectionner une valeur faisant l'unanimité, tout au plus peut-elle emporter la conviction du plus grand nombre. Les seuls débats autour de la fin de vie et de l'interruption volontaire de grossesse en témoignent, la libre disposition de son corps et de sa vie est une liberté individuelle que seule une partie de la société souhaite voir consacrée.

Peut-être la protection du corps emporte-t-elle la majorité des opinions et conforterait l'idée selon laquelle il constitue une valeur sociale protégée. Hormis les fervents défenseurs de la recherche scientifique, nul ne souhaiterait voir, *a priori*, le corps bafoué et à la merci d'une science potentiellement dangereuse. Pour autant, à peine cette idée survient qu'elle doit être nuancée. Que signifie réellement la protection du corps ? Peut-elle seulement emporter la conviction du plus grand nombre ? L'exemple précédemment donné des transhumanistes en témoigne, les effractions à leur corps ont tout d'une atteinte à cette potentielle « valeur sociale corps » mais ils n'y perçoivent pas un danger. En outre, puisque la personne est un corps l'autonomie personnelle prend inévitablement de l'importance dans le rapport à soi et influe sur l'idée que chacun se fait de la protection du corps. Cette valeur sociale aurait donc autant de contenus différents qu'il y a d'individus.

Le choix des valeurs sociales protégées par le droit pénal dépend en réalité de la combinaison entre le respect des principes juridiques d'une part, et le respect d'un « minimum moral » et des mœurs de la société concernée d'autre part. Le progrès social et le « minimum moral » constituent cependant des notions qui varient au fil des siècles et des sociétés. Le choix de ces biens juridiques à protéger reflète ainsi le caractère autonome du droit pénal.

89. L'autonomie dans le choix des valeurs sociales protégées – Toutes les valeurs ne deviennent pas, de ce fait, des biens juridiques protégés par le droit pénal. En ce sens, le droit pénal manifeste une certaine autonomie, d'un point de vue négatif comme positif. D'un point de vue négatif d'abord car certaines valeurs ne méritent pas sa protection. Le droit médical par exemple, défini comme « le droit de l'acte médical entendu au sens strict »²³⁰, est une discipline juridique non reconnue par le droit pénal. La sanction des infractions commises à l'occasion d'un acte médical dépendra du droit pénal spécial, faisant ainsi peu cas des spécificités liées à l'acte médical. D'un point de vue positif ensuite, car en sanctionnant l'atteinte à des valeurs préexistantes à la norme pénale le droit pénal choisit les valeurs méritant sa protection.

Il en résulte que parmi les valeurs importantes à une société, certaines se distinguent des autres car elles contribuent notamment au progrès social. Si la protection du corps humain est inévitablement liée à une amélioration de la vie en communauté, les spécificités qui lui sont inhérentes soulèvent néanmoins quelques hésitations car le rapport à son corps reste un domaine particulièrement subjectif. Le corps humain a toutefois été législativement consacré en droit civil comme en droit pénal, ce qui semble achever le processus de reconnaissance d'une valeur sociale protégée.

B. Le corps biologique, valeur sociale consacrée par le législateur

90. La symbolique des lois de bioéthique – Antérieurement aux lois de bioéthique le corps n'était pas ignoré du droit. Cependant seules les atteintes indirectes, comme celles portées à la vie ou à l'intégrité physique, étaient réprimées tant sur le plan pénal que sur le plan civil. Le corps humain était jusque-là ancré dans les valeurs de la société, indépendamment d'une reconnaissance législative. Or, la valeur sociale protégée a été définie comme une valeur jugée digne de protection par le législateur pénal et qui a fait l'objet d'une reconnaissance législative. Si le corps a toujours été présent en filigrane dans nombre d'incriminations, ce processus n'a été accompli que suite aux lois de 1994. L'intégration en droit civil témoigne de l'intérêt porté au corps, qui est alors devenu une valeur sociale, pour ensuite être traité comme une valeur sociale protégée en étant consacré par le législateur pénal. Le droit pénal comporte en effet un

²³⁰ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 20.

caractère sanctionnateur, qui se traduit par l'appropriation des intérêts protégés par d'autres branches du droit.

91. Annonce de plan - Aux lois de bioéthique a correspondu l'intégration du corps humain dans le Code civil (1), ainsi que dans le Code pénal (2).

1) *L'intégration du corps humain dans le Code civil*

92. La création d'un statut juridique du corps – À l'aube des lois dites de bioéthique, les critiques étaient nombreuses quant à l'absence du corps dans le Code civil. Celui-ci était jugé obsolète sur ce point et inadapté aux évolutions sociales induites par les questions de bioéthique. D'une part, le corps ne bénéficiait d'aucun statut juridique et, d'autre part, seules les atteintes occasionnées par autrui faisaient l'objet de dispositions législatives. Or, l'une des questions caractérisant la bioéthique est bien celle des rapports de la personne sur son propre corps. Le législateur s'est donc saisi de cette question en conférant un véritable statut juridique au corps humain, qui résulte d'un arsenal législatif. Peu considéré par le législateur, il en est devenu au fil des années une de ses préoccupations premières.

Cette évolution législative a débuté par la Loi du 22 décembre 1976, dite « Loi Caillavet »²³¹, relative aux prélèvements d'organes et s'est poursuivie avec la Loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales²³², dite « Loi Huriet ». Elle est intervenue par la suite avec la Loi du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé²³³. Puis, au regard de l'exploitation grandissante du corps biologique, la Loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain²³⁴ est entrée en vigueur, accompagnée de la Loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et

²³¹ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 dite « Caillavet » relative aux prélèvements d'organes (prélèvements sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques), *JO* du 23 décembre 1976.

²³² Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JO* du 22 décembre 1988.

²³³ Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 2 juillet 1994.

²³⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* du 30 juillet 1994.

produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation et le diagnostic prénatal²³⁵. Une première révision de ces lois a eu lieu avec la promulgation de la Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique²³⁶. Les principaux objectifs consistèrent à interdire la pratique du clonage par peur des dérives précédemment expliquées, à encadrer ce « corps solidaire » en élargissant le don d'organes ou encore à étendre la recherche sur l'embryon. La seconde révision de ces lois témoigne d'autant plus de l'émergence du corps et de son influence sur le législateur, car leur analyse dénote davantage de souplesse dans les autorisations de recherche, à la faveur du corps biologique. Ainsi, la Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique²³⁷ élargit davantage le don d'organes par l'autorisation du don croisé²³⁸ ou encore l'accès à la procréation médicalement assistée par la congélation d'ovocytes. Dès 1994, le Code civil s'est approprié ces dispositions ainsi que la finalité voulue par le législateur, à savoir la protection de la personne humaine au travers du respect de son corps.

93. La traduction civiliste des lois de bioéthique – Ces différentes lois comportent *a priori* des objets distincts. Ceci a par ailleurs donné lieu à certaines critiques notamment quant à l'éclatement des dispositions dans différents Codes, ou quant à la confusion liée aux valeurs sociales protégées par ces lois²³⁹. En réalité, leurs dispositions convergent toutes vers le même objectif : l'inviolabilité du corps humain et la protection de la dignité de la personne humaine.

Ces dispositions ont été consacrées par le législateur civil aux articles 16 et suivants du Code civil. L'article 16 dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Les articles 16-1 et 16-5 du Code civil garantissent l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps humain, instaurant parallèlement des outils de lutte contre les considérations économiques qui entourent le corps biologique. Il en va de même des éléments

²³⁵ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* du 30 juillet 1994.

²³⁶ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 7 août 2004.

²³⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO* du 8 juillet 2011. La prochaine révision interviendra en 2018.

²³⁸ Le don croisé concerne les greffes rénales au sein de deux membres d'une même famille. Si ces deux membres ne sont pas compatibles entre eux, et que deux membres d'une autre famille connaissent les mêmes difficultés, leur donneur D1 peut faire don au receveur R2, et le donneur D2 au receveur R1. Cette pratique, non autorisée avant la loi du 7 juillet 2011, a permis d'augmenter considérablement le nombre de greffons.

²³⁹ Voir notamment D. THOUVENIN, « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 155 s. Voir *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I.

et produits, qui disposent d'un statut particulier puisqu'ils ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Le corps humain bénéficie d'un ensemble de règles qui lui sont applicables, y compris après la mort de la personne. Cette protection octroyée au corps humain est certes reliée à la personne mais le droit civil l'a individualisé et lui a conféré un véritable statut, à la différence du droit pénal.

Le choix des valeurs sociales protégées est guidé par le contenu d'autres branches du droit. Le droit pénal revêt un caractère normatif en ce qu'il choisit les intérêts à protéger et les modalités de cette protection, tout en restant un droit sanctionnateur. En d'autres termes, le droit pénal s'approprie parfois les intérêts protégés par d'autres branches du droit, en l'occurrence le droit civil, et l'adapte à ses particularités.

2) *L'intégration du corps dans le Code pénal*

94. L'indépendance du corps par rapport à la personne dans le Code pénal – Les observations précédentes²⁴⁰ ont mis en avant les incertitudes qui émergent au regard de l'organisation du Code pénal, qui laisse à penser qu'une partie est consacrée au corps. Les nouvelles incriminations dont il fait l'objet sont en effet intégrées dans un Livre du Code pénal indépendant de celui relatif à la personne. Par conséquent, il faudrait déduire de cette consécration législative que le corps n'est pas seulement un objet sous-jacent des incriminations. Les lois de bioéthique qui, elles, ont clairement opéré une consécration législative du corps, trouvent leur traduction répressive dans ce nouveau Livre V du Code pénal. Toutes les atteintes au corps, à l'embryon et à l'espèce humaine sont codifiées au sein d'un Chapitre réprimant les atteintes à l'éthique biomédicale. Ce Chapitre se divise en trois Sections, dont une consacrée à la protection du corps de la personne, les deux autres étant respectivement relatives à la protection de l'espèce humaine et à la protection de l'embryon.

L'emploi du terme de « corps » ou d'« embryon » dans l'incrimination témoigne du fait que le droit pénal s'est saisi du corps humain. Le chemin emprunté par une valeur sociale protégée jusqu'à sa consécration législative est ici illustré. La valeur sociale est en effet un intérêt propre à la société qui fait l'objet d'une reconnaissance par une branche du droit autre que le droit pénal, ou seulement par le droit pénal. Dès lors que celui-ci la consacre dans les

²⁴⁰ Voir *supra* n° 44 s.

textes elle devient une valeur sociale protégée. Par exemple, l'article 16-1 du Code civil consacre le principe de non-patrimonialité du corps humain²⁴¹. Cet intérêt, qu'il s'agisse du corps ou de la personne, dont la protection est à l'origine de ce texte²⁴², est donc consacré par le législateur civil. Il l'est également par le législateur pénal dès lors que des incriminations sanctionnent les atteintes qui lui sont portées. Le Code pénal interdit par exemple « de céder à titre onéreux un [tel] organe du corps d'autrui »²⁴³, ou « de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui »²⁴⁴. En réalité, peu importe l'objet de l'incrimination, le droit pénal réprime un trouble à l'ordre public et dont le corps serait l'objet.

95. La répression d'un trouble à l'ordre public - Sur le plan substantiel, tous les principes gouvernant les lois bioéthiques ont été transcrits par le biais des incriminations. Le Code civil proclame le droit subjectif au respect de son corps et les incriminations sanctionnent tout ce qui pourrait porter atteinte à ce droit. Le Livre V réprime donc les infractions au consentement, à la gratuité ou encore à l'anonymat. Par exemple, le fait d'obtenir ou de céder des embryons humains contre un paiement, ou de contribuer, de manière générale, à la remise d'embryons contre un paiement est prohibé²⁴⁵. Au titre de la protection du consentement du couple, les articles 511-16 et 511-19 du Code pénal incriminent le fait d'obtenir des embryons humains ou de procéder à une recherche sur des embryons sans respecter les conditions relatives à ce consentement. L'article 511-3 du Code pénal sanctionne quant à lui le prélèvement d'organes sans le consentement et l'article 511-2 l'obtention ou la cession d'organes contre un paiement.

L'intervention pénale n'est pas anodine et suit « une raison, une logique destinée à en canaliser le cours. Or, la cause première des contraintes punitives n'est autre que l'utilité sociale »²⁴⁶. Cette utilité se traduit notamment par le fait que le comportement délictueux occasionne un trouble à l'ordre public, « causé par la transgression d'une norme tenue pour essentielle »²⁴⁷. Si le trouble découle de la transgression de la norme, il est causé par la lésion

²⁴¹ Article 16-1 du Code civil : « 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 ».

²⁴² Voir *infra* n° 127 s.

²⁴³ Article 511-2 alinéa 2 du Code pénal.

²⁴⁴ Article 511-4 alinéa 2 du Code pénal.

²⁴⁵ Articles 511-15 et 511-16 du Code pénal.

²⁴⁶ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 5.

²⁴⁷ A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », art. préc., spéc. p. 287. L'auteur fait référence à E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1.

à la valeur sociale qu'elle protège. Or, si l'atteinte à cette valeur entraîne une atteinte à l'ordre public, il faut en déduire qu'elle constitue un intérêt fondamental. L'ordre public sera décrit²⁴⁸ comme une entité dont le contenu ne cesse d'évoluer, en fonction des valeurs sociales qui importent à une société et qui sont par essence évolutives. Puisque le corps humain apparaît expressément dans les incriminations, cette démarche semble correspondre à sa consécration législative en tant que valeur sociale protégée.

Une autre analyse sème toutefois un doute car comme l'explique A. DARSONVILLE, l'évolution du droit pénal ne provient pas tant des valeurs sociales en elles-mêmes que de la prolifération d'incriminations visant à les protéger, dans le but de protéger l'ordre public²⁴⁹. L'auteur en déduit que cet « usage trop prolifique du droit pénal » crée finalement « une confusion entre des valeurs fondamentales et des valeurs dont l'importance est plus relative »²⁵⁰. Il faut alors modérer l'analyse précédente. En effet, cette intégration soudaine du corps humain dans le Code pénal, au surplus dans le Livre V dont la logique se révélera obscure²⁵¹, ressemble davantage à une réaction quelque peu inadaptée du législateur face à une notion qui, jusqu'ici, ne constituait pas un tel intérêt social.

96. Conclusion de la Section 2 – Si au commencement de cette étude le corps humain est apparu comme une valeur sociale incidente, accessoire à la personne, les incriminations contenues dans le Livre V poussent à l'aborder de manière différente. Le corps biologique s'est distingué car il constitue un véritable outil de travail pour le chercheur. Clonage, don d'organes, recherche sur l'embryon, transhumanisme ou encore expérimentation sur la personne attestent que le vivant peut désormais être manipulé. Sous cet angle, le corps biologique s'est dissocié de la personne pour être à son service car la recherche œuvre essentiellement à l'amélioration de l'humain. Rattrapé par la science, le législateur s'est donc vu confronté à de nouvelles interrogations, relevant en outre de domaines dont il restait jusqu'ici à la périphérie. L'éthique s'est peu à peu insinuée dans les considérations sociales et juridiques, amenant le droit à devoir côtoyer la morale et à faire face à l'évolution des modèles sociaux-naturels.

Pour cette raison, le droit pénal aborde différemment ce corps biologique. Les biens juridiques à protéger sont choisis en amont par le législateur, qui édicte des incriminations

²⁴⁸ Voir *infra* n° 437 s.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 289.

²⁵⁰ *Ibidem.*

²⁵¹ Voir *infra* n° 184 s.

lorsque des valeurs jugées essentielles au bon fonctionnement de la société sont lésées. En apparaissant dans le Code pénal, cette fois explicitement et indépendamment de la personne, le corps biologique est traité comme une valeur sociale protégée et laisse à croire qu'il peut revêtir cette qualification. Ainsi, dans une certaine mesure, le corps, l'embryon et le cadavre seraient des biens juridiques protégés à part entière.

97. Conclusion du Chapitre 1 – Cette partie de l'étude avait pour objet de déterminer de quelle manière le droit pénal appréhende le corps. L'intervention pénale débute par l'édiction d'une incrimination qui contient la valeur sociale protégée par la norme. Les dispositions pénales relatives à la dimension physique de la personne ont été étudiées et deux tendances sont apparues. Le corps est appréhendé à la fois comme une valeur sociale incidente lorsqu'il n'est pas dissocié de la personne dans les incriminations, et comme une valeur sociale apparente lorsqu'elles le traitent de façon autonome. Une valeur sociale incidente tout d'abord car la personne humaine suscite l'attention du législateur mais les incriminations qui lui sont reliées ne comportent pas explicitement le terme de « corps ». Les seules dispositions pénales ayant expressément le corps pour objet sont contenues dans le Livre V du Code pénal, intitulé « Des autres crimes et délits » et qui comporte un Chapitre relatif à l'éthique. Or, l'étude du chemin emprunté par une valeur sociale pour être consacrée par le législateur pénal révèle que la formulation de l'incrimination, comme l'organisation du Code pénal, constituent de sérieux indices quant aux objectifs du législateur. Si dans un premier temps le corps ne semble donc pas être un bien juridique protégé par le droit pénal, dans un second temps toutefois, ce constat se heurte au fait que les atteintes à la dimension physique de la personne sont réprimées. Or cet aspect de la personne n'est nul autre que son corps. Ce paradoxe a pu être résolu lors de la recherche des éléments constitutifs de la personne, qui se compose en réalité d'une fusion entre le corps et l'esprit. **Siège de la personne humaine, le corps humain bénéficie donc indirectement de la protection accordée à cet « autrui » omniprésent, ce qui laisse présumer qu'il serait une valeur sociale protégée.**

Parallèlement, les termes de « corps », d' « embryon » ou encore de « cadavre » sont apparus dans le Code pénal, certes en nombre très faible mais suffisamment important pour dénoter l'intérêt particulier qui est porté au corps dans certaines hypothèses, essentiellement liées au corps biologique. Terrain de la recherche scientifique par excellence, le corps humain est depuis longtemps source de nouvelles interrogations éthiques et sociales auxquelles le droit

a été forcé de se confronter. Il a été observé que les valeurs sociales à protéger étaient sélectionnées par le législateur en vertu, notamment, de la contribution de cette valeur à l'évolution de la société, et d'un assentiment majoritaire de celle-ci quant à sa consécration législative. En contribuant au progrès social par le fruit des avancées scientifiques auxquelles il donne lieu, **le corps biologique a bénéficié d'une consécration législative et apparaît ainsi comme une valeur sociale protégée, renforçant ainsi cette présomption.**

Le corps donne pour le moment l'illusion d'être une valeur sociale protégée, soit au travers de la personne humaine, soit parce qu'il fait l'objet de dispositions qui lui sont expressément consacrées dans le Code pénal. Il est toutefois paradoxal que le corps humain soit à la fois perçu sous le prisme de la personne et protégé en tant que tel dans certains cas. Surtout, qu'il soit fusionné avec la personne ou protégé au titre des lois de bioéthique, au demeurant fondées avant tout sur la protection de la dignité de la personne, la finalité de la loi pénale semble être incarnée par cette dernière. Contrairement à ce qu'ont pu laisser présumer ces premières observations, le corps humain ne semble pas être une valeur sociale protégée à l'inverse de la personne humaine. Il est toutefois consubstantiel à cette dernière et ceci s'explique par le fait qu'il est en réalité le support des valeurs sociales protégées.

Chapitre 2 : Le corps, support de valeurs sociales protégées

98. Confrontation du corps humain aux fonctions des valeurs sociales protégées –

Le corps suscite l'attention du législateur pénal de sorte à ce que soit il est présumé être une valeur sociale protégée, soit il est à tout le moins présenté comme telle. Par conséquent, il devrait en adopter les fonctions et notamment entrer dans la finalité de la loi pénale, ou encore servir à l'interprétation téléologique des textes. De même, puisque l'infraction concrétise un attentat ou une atteinte effective à une valeur sociale protégée, elle devrait alors être concrétisée par la lésion portée au corps en tant que valeur sociale protégée.

À l'analyse néanmoins le corps humain peinera à remplir ces critères. Les objectifs du législateur, mis en lumière par le Code pénal, sont d'abord bien plus vastes que le corps humain. L'humanité, l'espèce humaine, la personne humaine et toutes les valeurs dont elle est bénéficiaire semblent constituer des biens juridiques suprêmes, dont le corps n'est peut-être qu'un représentant. Ensuite, les développements précédents ont abouti à la conclusion que le corps était fusionné avec la personne. Ainsi, la dissociation entre le corps, la vie ou encore l'intégrité physique, valeurs portées par le Code pénal, semble délicate. Pourtant, il est indéniable que le corps participe tout de même à la qualification de l'infraction puisqu'il subit les conséquences qu'elle engendre. Un paradoxe surgit à nouveau : le corps est lésé par l'acte délictueux tout en ne constituant pas le bien juridique protégé objet de l'atteinte. Parallèlement, la personne se présente comme une valeur sociale protégée en étant omniprésente dans la plupart des incriminations dont le corps fait l'objet. Cette interdépendance, couplée à la prédominance de la personne humaine, intrigue et invite à s'interroger sur la fonction qu'elle occupe dans ce schéma circulaire.

99. Annonce de plan – L'application au corps humain des fonctions propres aux valeurs sociales protégées est alors source de difficultés et de contradictions, dont on ne peut s'extraire qu'en concevant le corps sous un autre angle que celui des biens juridiques protégés. Il sera démontré que l'attention que lui porte le législateur est conditionnée par son rattachement à la

personne humaine, valeur sociale suprême. Le corps humain est en réalité révélé par la personne humaine (**Section 1**), elle-même bénéficiaire des valeurs sociales protégées qu'il véhicule. Il entre ensuite dans la constitution de l'infraction puisqu'il est le révélateur des atteintes qui sont portées à ces dernières (**Section 2**).

Section 1 : Le corps révélé par la personne humaine

100. Remaniement de la perception du corps humain – La confrontation du corps humain à la nature et aux fonctions que revêtent les valeurs sociales protégées devrait permettre de confirmer ou d'infirmar cette présomption faisant du corps un bien juridique protégé. En ce qu'elles ont fait l'objet d'une sélection de la part du législateur, les valeurs sociales protégées entrent dans la finalité de la loi pénale. Celle-ci est donc interprétée à la lumière de leur contenu et évolue avec elles car elles reflètent la société que le droit pénal protège. Le corps humain *en lui-même* devrait alors évoluer et représenter la société, tout comme l'interprétation de la loi pénale et la qualification de l'infraction devraient s'effectuer au regard de ce qu'il est. Ces opérations semblent d'emblée périlleuses car les atteintes au corps sont susceptibles de nombreuses qualifications. Il est ainsi inclus dans les atteintes à la vie, mais également à la liberté corporelle, ou encore des atteintes au cadavre. L'objet de protection du législateur, traduit par le contenu de la norme et sa fonction, n'est peut-être pas dans ce cas le corps humain en lui-même. Ce dernier n'est pas exclu des préoccupations du législateur, il l'est encore moins à l'étude des infractions relatives à la bioéthique, mais il ne fait que conditionner la réalisation d'une infraction.

101. Annonce de plan - Peut-être faut-il alors reconsidérer la nature du corps humain et par extension ses fonctions, dans l'expectative d'aboutir à une adéquation des deux. Cette démarche consistera à démontrer que le corps humain est inapte à remplir les fonctions des valeurs sociales protégées (§ 1), car il est en réalité le vecteur des valeurs sociales attachées à la personne (§ 2).

§ 1 - Le corps, inapte aux fonctions des valeurs sociales protégées

102. La recherche de la politique criminelle - La finalité du droit pénal se traduit par ce qui motive le législateur dans sa politique répressive, ce qui se matérialise au travers des valeurs sociales protégées. L'organisation, très symbolique, du nouveau Code pénal est le reflet de la volonté du législateur. De nouvelles valeurs sont apparues, comme la liberté ou la dignité des personnes, et d'autres ont bénéficié d'une nouvelle place au sein de cette hiérarchie²⁵². La répression de la lésion portée à ces valeurs est conditionnée par la qualification de l'infraction, qui doit répondre exactement aux faits décrits par le législateur. Or, la politique criminelle adoptée n'apparaît pas toujours de manière explicite et nécessite une interprétation de la norme, afin que l'opération de qualification puisse aboutir à un résultat conforme au comportement décrit par le texte.

103. Les insuffisances du corps – Si cette finalité est contenue dans le Code pénal, elle figure en outre au sein des décisions jurisprudentielles, qui devraient donc refléter la fonction qu'occupe le corps humain. Une fois de plus, le corps humain semble se confondre avec les valeurs sociales protégées. Soit parce qu'elles sont relatives à la personne qu'il représente, soit parce que l'interprétation des textes, qui pourtant le mentionnent explicitement, converge encore vers cette valeur. Or, c'est la finalité de cette loi qui guide l'opération de qualification de l'infraction car le rattachement d'un comportement à un texte impose d'avoir identifié la valeur sociale protégée²⁵³. G. BARBIER définit par ailleurs la qualification comme « l'opération intellectuelle fondamentale du juriste, celle par laquelle la réalité sociale, dans sa complexité est saisie par le droit et mise en forme »²⁵⁴. La finalité de la loi pénale constitue donc à la fois un

²⁵² Voir par exemple J. PRADEL, « Les innovations du nouveau Code pénal », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 27 s., spéc. p. 36 s.

²⁵³ Sur l'imprécision des valeurs sociales protégées dans l'application de la loi pénale, voir notamment O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, 2008, p. 103 s. Sur les difficultés liées à la qualification de l'infraction, voir par exemple C. AMBROISE-CASTEROT, « L'objet de la qualification », in O. DECIMA (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé le 22 janvier 2013 par l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux (ISCJ), Cujas, 2013, p. 19 s.

²⁵⁴ G. BARBIER, « De l'objet de la qualification et de l'intérêt de s'en saisir à la façon d'Aristote », in O. DECIMA (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé le 22 janvier 2013 par l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux (ISCJ), Cujas, 2013, p. 29 s., spéc. p. 29.

outil de qualification de l'infraction et, en toute logique, un outil de résolution des conflits de qualifications, fonction que l'on tentera d'appliquer au corps humain.

104. Annonce de plan - Les prochains développements mettront alors en lumière la fonction subsidiaire du corps humain dans la finalité de la loi pénale (A). Ces constats seront renforcés par le fait que le corps semble inadapté aux fonctions des valeurs sociales protégées (B).

A. La subsidiarité du corps dans la finalité de la loi pénale

105. L'instrumentalisation du corps par le droit pénal – Portant ses fruits lors de la qualification de l'infraction, l'interprétation de la loi pénale est un exercice qui peut se révéler difficile, notamment en ce que l'infraction peut être constituée par de multiples comportements. Le contenu de valeurs sociales telles que la vie ou l'intégrité physique est relativement identifiable, ce qui permet de canaliser l'interprétation de la loi. À l'inverse, le corps perçu comme une valeur sociale protégée constituerait une valeur particulièrement étendue, faisant alors naître un risque d'atteinte au principe de légalité. En revanche, puisque l'atteinte à ces valeurs sociales, et par conséquent l'opération de qualification de l'infraction, est conditionnée par l'atteinte au corps, celui-ci peut venir à l'appui de cette opération.

106. Annonce de plan - Le corps humain occupe donc une fonction subsidiaire dans la finalité de la loi pénale, en ce sens qu'il en est davantage un instrument que cette finalité elle-même. Il constitue alors un outil de l'interprétation de la loi pénale (1), ainsi que de la qualification de l'infraction (2).

1) Le corps, outil de l'interprétation de la loi pénale

107. L'insuffisance de la loi comme critère d'identification des valeurs sociales protégées – La fonction expressive du droit pénal permet au législateur de choisir les valeurs qui sont dignes d'être protégées et ainsi en faire des composantes de l'ordre public. La formulation de l'incrimination constitue un bon indicateur de l'intérêt juridique protégé car l'identification d'une valeur sociale protégée se fait à l'appui de la loi, dans le respect du

principe de légalité. Pour autant, il faut parfois interpréter cette loi afin d'en rechercher l'esprit et identifier la *ratio legis* de l'incrimination. Le principe de légalité connaît en effet un certain déclin, lequel découle souvent de la volonté de créer des infractions dites ouvertes, composées d'éléments constitutifs pouvant être appréciés de façon extensive. Cette tendance s'explique notamment par le fait que « par hypothèse, le législateur voudrait-il s'engager dans l'exhaustivité, qu'il ne le pourrait pas, tant les initiatives humaines sont inventives et déroutantes »²⁵⁵. Les incriminations ayant le corps humain pour objet, sous-jacent ou émergent, sont particulièrement concernées par ce phénomène car le corps constitue un « terrain infractionnel » variable, et varié, au profit de l'auteur. Ceci explique par exemple que le délit de harcèlement sexuel avait pour seul support, dans son ancienne rédaction, le « harcèlement »²⁵⁶. Comment recouvrir en effet toutes les manœuvres dont l'auteur peut user afin de provoquer et humilier sa victime, et qui ont pour objet le corps humain ? La nouvelle rédaction comprend par ailleurs les termes de « connotation sexuelle »²⁵⁷ qui doivent accompagner les propos ou les actes de l'auteur. Ceux-ci donnent une indication quant à la dimension du corps qui doit être utilisée aux fins de commettre l'infraction mais cet élément reste nécessairement vague. Y. MAYAUD souligne par ailleurs que « quelques formes de criminalité ou de délinquance imposent une certaine réserve, [...] tel est le cas des différentes infractions qui affectent les mœurs, ou encore relatives aux agressions ou atteintes sexuelles, dont la nature particulière ne peut qu'aller dans le sens de prévisions générales »²⁵⁸. Puisque la loi est un « instrument de valorisation sociale »²⁵⁹ et que les objets que la société valorise évoluent avec elle, le droit pénal doit s'y adapter et l'incrimination doit parfois être interprétée avec souplesse. La jurisprudence « évolue au gré des besoins de la société »²⁶⁰ et son interprétation des textes se montre généralement très extensive. De rares exemples font toutefois exception, au sein dans lesquels il faut inclure le corps humain.

108. L'indifférence au corps dans l'interprétation de la loi pénale – Lorsque le corps n'est pas expressément mentionné dans une incrimination, il n'entre pas *en tant que tel* dans

²⁵⁵ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 33. Pour une illustration jurisprudentielle du déclin du principe de légalité, voir A. DARSONVILLE, *RPDP* 2016, chron. p. 99 s.

²⁵⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (article 222-33 ancien du Code pénal, abrogé suite à la DC QPC n° 2012-240 du 4 mai 2012, *JO* du 5 mai 2012, redéfini par la Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JO* du 7 août 2012).

²⁵⁷ Article 222-33 du Code pénal.

²⁵⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 33 s., spéc. p. 34.

²⁵⁹ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., p. 5 s.

²⁶⁰ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 198.

l'interprétation de la loi pénale. En témoigne l'exemple de l'homicide involontaire du fœtus. Lorsque s'est posée la question de savoir si une atteinte mortelle au corps en formation pouvait être qualifiée d'homicide involontaire, la *ratio legis* qui est ressortie de l'interprétation des juges n'a pas été le corps humain, mais la personne. La Cour de cassation a eu à se prononcer plusieurs fois sur la qualification de l'infraction d'homicide involontaire à l'égard d'un enfant viable mais non-né, car l'enfant à naître est décédé *in utero* soit d'un accident de voiture, soit des suites d'une erreur médicale²⁶¹. L'homicide involontaire est défini par l'article 221-6 du Code pénal comme « le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui »²⁶². L'interprétation prétorienne a donc plusieurs fois exclu toute sanction de l'homicide involontaire de l'enfant à naître car selon la Cour de cassation, l'enfant qui n'est pas né vivant n'est pas considéré comme « autrui » au sens du droit pénal. La Haute juridiction n'a donc pas considéré que le corps était une valeur sociale protégée, puisque si tel avait été le cas l'auteur aurait été condamné indépendamment de la qualité de l'être qui habite ce corps, personne ou non. Il faut alors en déduire que l'atteinte au corps en formation n'était pas le résultat redouté par le législateur, seule importe la vie de la personne. Sur quel fondement aurait-il cependant été condamné ? L'homicide volontaire réprime une atteinte à la vie de la personne, notion qui ne s'applique pas à l'être non né et le Code pénal ne contient aucune incrimination sanctionnant la seule atteinte au corps, indépendamment de la personne qui l'habite.

À la lumière de ces exemples, pourtant survenus postérieurement aux lois de 1994 qui ont intégré le corps humain dans le Code pénal, le corps n'entre pas dans la finalité de la loi pénale. C'est ici « autrui » qui constitue la préoccupation première du législateur au travers de la répression de l'atteinte à sa vie. Le corps constitue donc un outil d'interprétation de la loi pénale, en ce sens que ce sont davantage les valeurs sociales qui lui sont reliées qui sont prises en compte que le corps en tant que tel. C'est alors en toute logique que ce constat se retrouve dans la phase de qualification de l'infraction.

²⁶¹ Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; arrêt préc. Dans le même sens, Cass. ass. plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; arrêt préc. ; Cass. crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359 ; arrêt préc. Voir *infra* n° 276 s.

²⁶² Nous soulignons.

2) *Le corps, outil de qualification de l'infraction pénale*

109. L'atteinte à la personne à travers son corps – Cette subsidiarité du corps dans la finalité de la loi pénale se retrouve au sein même des éléments constitutifs de certaines infractions, qui vont servir à sa qualification. La torture diffère par exemple des violences car, si dans les deux cas une lésion corporelle est constitutive de l'infraction, l'infraction de torture et actes de barbarie porte davantage sur la souffrance infligée que sur le résultat. Certes, le corps est atteint en sa chair mais ce n'est pas tant la gravité des lésions qui est réprimée que l'intensité de la souffrance et la cruauté de l'acte que la personne subit. Les lésions corporelles sont parfois plus importantes suite à une infraction de violences ayant entraîné une interruption totale de travail de plus de 8 jours²⁶³. L'objectif premier de protection du législateur n'est donc pas le corps en tant qu'assemblage d'organes mais la personne. De même, la répression des violences physiques induit en erreur car elles sont constituées par une atteinte effective à l'intégrité physique, ce qui confère au corps un rôle central dans la preuve de la matérialité de l'infraction²⁶⁴. De longue date, la jurisprudence considère par exemple que « constitue un coup le fait de frapper directement la victime avec la main, le poing, le pied mais aussi de lui occasionner des blessures avec une pierre »²⁶⁵, ou « de lui cogner la tête contre le sol et de la frapper avec un bâton »²⁶⁶. Pour autant, le contact n'a pas à être médiate car il a par exemple été jugé que constituaient des violences le fait de lancer volontairement son chien contre la victime, entraînant une incapacité de travail²⁶⁷. La nature de l'acte commis ou les moyens avec lequel il a été commis sont indifférents tant que le corps est le support atteint par l'infraction.

Il ne s'agit pas d'atteindre la personne dans son ensemble mais sa dimension physique. Le corps est atteint par l'acte de l'auteur et ces lésions entraînent la constitution de l'infraction en ce qu'elles causent une atteinte à la personne. La lésion corporelle déclenche la répression dans l'optique de protéger la valeur qui, elle, est d'ordre public et dont l'atteinte redoutée a conduit à la création de l'incrimination. En réalité, c'est l'atteinte au corps qui cause une atteinte

²⁶³ Article 222-11 du Code pénal.

²⁶⁴ Sur ce point, voir *infra* n° 140 s.

²⁶⁵ Cass. crim. 21 mars 1868 ; *Droit pénal*, janvier 1869, p. 262 ; J.-P. VALAT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 222-7 à 222-16-3, fascicule 10 : Violences, juin 2017, n° 17 .

²⁶⁶ Cass. crim. 19 décembre 1863 ; *Droit pénal*, mai 1863, p. 402 ; J.-P. VALAT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 222-7 à 222-16-3, fascicule 10 : Violences, juin 2017, n° 17.

²⁶⁷ Cass. crim. 7 avril 1967, n° 90-742.66 ; *D.* 1967, jurispr. p. 601 s. ; Cass. crim. 1^{er} mars 1989, n° 88-84.552.

à la personne : le corps n'est pas la finalité de la loi pénale mais bien le moyen d'y porter atteinte. En d'autres termes, il n'est pas la *ratio legis* de l'incrimination.

110. La primauté de la nature de l'acte commis – L'opération de qualification consiste à faire entrer dans l'incrimination les actes correspondant au comportement décrit par le texte. Le choix d'une qualification induit, de fait, l'identification de la valeur sociale protégée. Les atteintes à la dimension physique de la personne se différencient soit au regard de la valeur sociale atteinte, soit au regard de la nature de l'acte commis. Par exemple, la qualification d'homicide s'imposera face à celle de violences en cas de mort de la victime. Sur le plan de la qualification pénale il s'agit d'une atteinte à la vie, plus que d'une atteinte au corps, bien qu'en réalité il s'agisse d'une atteinte au corps, laquelle permet de qualifier l'atteinte à la vie. Au sein d'une même valeur sociale ensuite, deux infractions vont se différencier en fonction de la nature de l'atteinte. Le viol se distingue par exemple des violences car deux actes distincts sont commis, causant une atteinte à l'intégrité physique d'une part et à la liberté sexuelle d'autre part. Le corps, support commun des deux infractions en ce qu'il permet leur réalisation, véhicule en réalité l'intégrité physique et la liberté sexuelle de la victime. Bien que la liberté sexuelle ne soit pas une valeur expressément portée par le Code pénal, elle permet de différencier les violences du viol. La qualification ne s'opère pas ici au regard d'une atteinte à la « valeur sociale corps », mais au vu de la manière dont le corps a été atteint car c'est cela qui guide le juge vers la valeur atteinte.

Le corps est un instrument dans la qualification de ces infractions car il révèle la valeur qui a été atteinte, mais ne constitue pas l'élément de qualification lui-même, qui est l'intégrité physique ou la liberté sexuelle. Dans le cas contraire, il entrerait dans la qualification de l'infraction en tant qu'élément de celle-ci, sans différencier s'il s'agit d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique. En effet, si la « valeur sociale vie » entre dans l'opération de qualification au même titre que la « valeur sociale corps », au demeurant excessivement large, les deux se confondent et cette opération ne présente, on le verra, aucun intérêt.

La loi constitue un instrument de valorisation des intérêts juridiques. Or, le corps ne saurait être perçu comme une valeur sociale protégée sans donner un terrain d'interprétation trop large de son contenu. De surcroît, l'infraction est qualifiée au regard de la valeur sociale lésée mais les qualifications semblent davantage s'opérer avec ce que le corps renvoie, plutôt qu'avec le corps en lui-même. Cette conclusion va être renforcée par le fait que le corps humain

ne peut entrer dans la résolution des conflits de qualifications en tant que valeur sociale protégée, mais seulement en tant que condition *sine qua non* à la réalisation d'une infraction.

B. L'inadaptation du corps aux fonctions des valeurs sociales protégées

111. Les obstacles créés par le corps - Les valeurs sociales protégées constituant un critère de délimitation du droit pénal, il faudrait admettre que la « valeur sociale corps » puisse remplir cette fonction. Cette valeur incarne une notion relativement vague et, en raison de son attachement à la personne, ou plus généralement à l'humain, cette hypothèse ne semble pas dénuée de sens. Toutefois, cette démarche nécessite d'envisager la reconnaissance de cette valeur sociale aux côtés de biens juridiques comme la vie ou l'intégrité physique auxquels le corps est de fait assimilé. Ce seul constat fera obstacle à une telle entreprise, une fois de plus à cause du lien inextricable qu'ils entretiennent. Il faudra encore poursuivre cette démonstration en confrontant le corps aux fonctions des valeurs sociales protégées pour déterminer s'il peut y prétendre, notamment en ce qu'elles entrent dans la résolution des conflits de qualifications.

112. Annonce de plan – La confrontation d'une éventuelle « valeur sociale corps » aux fonctions qu'occupent les biens juridiques met à nouveau en lumière les limites de cette hypothèse. En effet, la reconnaissance du corps en tant que valeur sociale protégée serait source d'incohérences dans la phase de l'incrimination (1) et disposerait d'une utilité limitée dans les conflits de qualifications (2).

1) Les incohérences dans l'incrimination

113. L'impossible dissociation du corps et de la personne – L'hypothèse d'une « valeur sociale corps », à déceler ou à consacrer législativement, doit être confrontée aux textes afin d'en déterminer les conséquences. Il serait ainsi envisageable de se positionner sur la pertinence de cette théorie. S'il est apparu que la personne était omniprésente dans le Livre II du Code pénal et que le corps avait parallèlement émergé en tant que tel, il a aussi été démontré qu'ils étaient tous deux fusionnés lorsque ce dernier constituait une valeur sociale incidente²⁶⁸. Dans ce cas, il semblerait que la prééminence de la personne humaine dans les incriminations épuise tout l'intérêt de cette hypothèse. Inévitablement, nulle personne ne peut exister sans corps. En conséquence, les atteintes qui lui sont portées entraîneraient nécessairement une atteinte à la « valeur sociale corps », puisque le corps est le moyen d'aboutir à ce résultat. À

²⁶⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I.

l'analyse des incriminations, la tentative de dissociation du corps et de la personne se heurte à nouveau au raisonnement tautologique déjà établi. L'homicide volontaire réprime une atteinte à la vie, valeur sociale dont la personne bénéficie, et impliquerait donc une atteinte à l'hypothétique « valeur sociale corps ». De même, toute atteinte à l'intégrité physique²⁶⁹, comme le viol et les violences, s'étendrait par définition à la « valeur sociale corps ». Puisque le corps est la personne, toute atteinte à la dimension physique de la personne humaine constitue *ipso facto* une atteinte au corps et inversement. Il n'est donc pas pertinent de consacrer législativement une valeur sociale qui serait, lorsque le corps est une valeur sociale incidente, constamment fusionnée avec les valeurs sociales rattachées à la personne. Il est alors impossible de s'extraire de cette tautologie car la « valeur sociale corps » serait constamment confondue avec la « valeur sociale intégrité physique » ou la « valeur sociale vie ». En conséquence, cette hypothèse ne trouverait jamais à s'appliquer lorsque le corps humain se confond avec la personne. Il faut néanmoins poursuivre la démonstration et s'assurer de l'absence d'intérêt que représente la création d'une incrimination autonome sanctionnant l'atteinte au corps.

114. L'inutilité d'une incrimination autonome – Si l'on envisage de formuler une incrimination autonome réprimant l'atteinte à la « valeur sociale corps », deux configurations se dessinent. Dans la première, la matérialité de cette incrimination serait de type ouvert²⁷⁰, de sorte à réprimer toutes les atteintes au corps personnifié de manière indifférenciée. Il en découle que des conflits permanents de qualifications surgiraient avec les incriminations en vigueur. Si l'on pousse davantage le raisonnement, afin d'éviter ce phénomène il peut être envisagé d'abroger ces textes et d'ériger en une incrimination unique une atteinte générale à la « valeur sociale corps ». À peine s'est-on interrogé sur l'opportunité de cette démarche que des obstacles se dressent. En effet, les valeurs sociales protégées endossent une fonction de délimitation du droit pénal et doivent alors être identifiées, sous peine de porter atteinte au principe de légalité. Cependant, ériger le corps humain à ce rang conduirait à admettre l'existence d'une valeur sociale dont le champ est beaucoup trop étendu pour être conforme à ce principe. De surcroît, toute atteinte au corps serait répréhensible de façon indifférenciée et il faudrait, à tout le moins, que le maximum encouru soit assez élevé pour permettre au juge de tenir compte de la gravité de l'atteinte. Il faut alors imaginer un texte unique punissant l'atteinte au corps humain de trente

²⁶⁹ À ceci près qu'il faudra différencier le corps de l'intégrité physique, voir infra n° 123 s.

²⁷⁰ Pour davantage de clarté, seul l'élément matériel sera étudié mais il peut être considéré que les développements à venir s'appliquent à une infraction intentionnelle comme non intentionnelle.

ans de réclusion criminelle²⁷¹ et une latitude tout aussi considérable et imprécise pour le juge dans le prononcé de la peine. À ceci s'ajoute l'imprécision majeure de l'élément matériel de cette infraction fictive, qu'il faudrait alors affiner.

Dans la seconde configuration, afin d'éviter ces inconvénients l'élément matériel de l'infraction peut être restreint. Cela donnerait inévitablement lieu à plusieurs textes, ou à tout le moins à plusieurs alinéas dans cette incrimination fictive. Comment, dès lors, rédiger des incriminations différentes de celles de viol ou d'homicide par exemple, en sachant que les éléments constitutifs décrits dans ces incriminations se réfèrent déjà au corps de manière indirecte ? Une fois de plus, si l'on persiste dans ce raisonnement et que l'on souhaite dépasser ces difficultés il faut envisager l'abrogation de ces textes. Cependant, l'hypothèse apparaît toute aussi infructueuse car il est évident que pour être précise, la nouvelle incrimination serait en tous points identique à celles actuellement en vigueur. En d'autres termes, cela n'apporterait aucune modification sinon des imprécisions, qui se révéleraient préjudiciables pour les justiciables. Enfin, cela reviendrait à dissocier la personne de son corps, ce qui rendrait cette opération contraire aux objectifs du législateur.

115. La dissociation préjudiciable du corps et de la personne - En effet, toujours dans l'hypothèse où le corps humain est une valeur sociale incidente, l'identification du corps à la personne permet de ne pas réduire celle-ci à un corps biologique. À l'inverse, envisager le corps de la personne de façon autonome reviendrait à le considérer uniquement comme un assemblage d'organes et de cellules, ce qui emporterait au moins deux conséquences. En premier lieu, l'on voit mal comment des incriminations réprimant, par exemple, des atteintes à la vie ne fonderaient pas leur *ratio legis* sur la personne humaine. Il faudrait envisager que ces textes ne répriment qu'une atteinte à un corps, ce qui est dénué de sens au regard du lien étroit entre le corps et l'humain²⁷².

En second lieu, le corps serait parfois une réserve de ressources biologiques²⁷³. Or l'interdiction, par exemple, de procéder à la vente des organes d'autrui²⁷⁴ est donc moins

²⁷¹ Cet exemple prend appui sur le maximum encouru en droit positif, en l'occurrence pour l'infraction d'homicide volontaire (article 221-1 du Code pénal).

²⁷² Voir *supra*, Introduction.

²⁷³ Il sera cependant constaté que dans certains cas, notamment lorsque le corps n'est plus relié à la personne, celui-ci est davantage considéré comme un assemblage d'organes, soit comme une réserve de ressources biologiques.

²⁷⁴ Article 511-2 du Code pénal.

l'interdiction des atteintes au corps en tant que tel, comme finalité de la loi pénale, que l'interdiction de l'atteinte à la dignité de la personne humaine. Cette incrimination constitue en effet la traduction pénale du principe de non-patrimonialité du corps humain²⁷⁵, lui-même garantissant le respect de la dignité de la personne humaine²⁷⁶. Soutenir que le droit pénal gagnerait en cohérence si le corps était un intérêt protégé en tant que tel n'aurait que peu de sens, puisque par définition, les incriminations protégeant la dimension physique de la personne incluent déjà le corps. En revanche, cela interroge sur l'application de cette qualité aux corps dépersonnalisés, puisque par hypothèse cette confusion avec la personne, qui constitue l'obstacle principal de la validité de cette théorie, n'a pas lieu d'être. Plus généralement, il faut envisager cette possibilité lorsque le corps est une valeur sociale apparente.

116. La « valeur sociale corps » appliquée au corps perçu comme une valeur sociale apparente – Les développements précédents ont démontré que le corps était parfois pris en compte par le législateur pénal en dehors de la personne car il apparaît explicitement dans le Code pénal²⁷⁷. Tel est le cas du cadavre ainsi que de l'embryon. C'est encore le cas lorsque le corps de la personne est envisagé de façon autonome dans le Livre V du Code pénal. Concernant l'embryon et le cadavre, il faut admettre que la présomption selon laquelle le corps serait une valeur sociale peut se confirmer. De la même manière, l'embryon reçoit la protection du droit pénal puisque certains articles du Livre V lui sont expressément consacrés²⁷⁸, sans recevoir la qualification de personne. Ces éléments semblent pour le moment aller en ce sens. De la même manière, concernant le corps personnifié, il peut être considéré par exemple que celui-ci constitue la *ratio legis* du prélèvement d'organes sans le consentement de l'intéressé²⁷⁹. Dans ce cas il sera démontré que deux qualifications sont envisageables : celle de prélèvement sans consentement mais également celle de violences ou tortures et actes de barbarie. Ceci nous amène alors sur le terrain des conflits de qualifications, dont les règles permettront d'apporter de confirmer ou d'infirmes ces hypothèses.

²⁷⁵ Articles 16-1 et 16-5 du Code civil.

²⁷⁶ Article 16 du Code civil : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité et celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

²⁷⁷ Voir *supra*, Chapitre I, Section I.

²⁷⁸ Livre V, Titre I, Chapitre I, Section III du Code pénal : « De la protection de l'embryon humain ».

²⁷⁹ Le corps humain apparaît en effet explicitement à travers l'objet du prélèvement, soit l'organe. L'article 511-3 al. 1^{er} du Code pénal dispose que « le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci n'ait été recueilli... ».

Il ressort de ces développements que la consécration législative actuelle ou à venir d'une « valeur sociale corps » ne présente aucun intérêt s'agissant du corps personnifié. En effet, le corps étant confondu avec la personne, déceler cette valeur dans les incriminations actuelles ou envisager sa consécration semble voué à l'échec. Soit les atteintes sont déjà réprimées au travers des lésions portées aux « valeur sociale intégrité physique » et « valeur sociale vie ». Soit il faut envisager la création d'une incrimination autonome d'atteinte au corps dont la matérialité serait trop extensive ou, si elle est restreinte, identique aux incriminations en vigueur. Un doute est toutefois apparu à l'évocation du corps comme valeur sociale incidente, c'est-à-dire lorsqu'il apparaît explicitement dans le Code pénal. Si le cadavre et l'embryon revêtent *a priori* la qualification de valeur sociale protégée, cela doit être vérifié concernant le corps personnifié, en raison de son lien étroit avec la personne.

Peut-être constitue-t-il dans ces hypothèses une valeur sociale autonome, ce qui peut être éprouvé au travers des conflits de qualifications. En effet, une des fonctions des valeurs sociales protégées est de permettre la résolution de ces conflits, dont elles sont à l'origine. En conséquence, le corps doit être confronté à cette fonction afin de déterminer s'il se prête à la qualification de valeur sociale protégée et ainsi confronter cette théorie.

2) L'utilité limitée du corps dans les conflits de qualifications

117. Les règles applicables aux conflits de qualifications²⁸⁰ - L'opération de qualification consiste à établir à quelle incrimination répond le comportement, ce qui implique de rechercher la valeur sociale atteinte. Les qualifications peuvent être en concours lorsqu'un seul acte est susceptible de plusieurs qualifications²⁸¹ et deux hypothèses se présentent. Dans la première configuration, l'acte a porté atteinte à une même valeur sociale, auquel cas il existe une unité de qualification et le fait délictueux sera retenu sous sa « plus haute expression pénale »²⁸². Cependant, comme le relève X. PIN, « l'ennui est que le choix de la qualification “la plus haute” n'est recommandé qu'en cas de poursuite sous une pluralité de qualifications.

²⁸⁰ Les développements à venir concerneront les hypothèses d'une poursuite unique.

²⁸¹ Voir notamment O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, *op. cit.*, p. 220 s. Voir également R. PARIZOT et S. DETRAZ, « Le choix de la qualification », in O. DÉCIMA (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé le 22 janvier 2013 par l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux (ISCJ), Cujas, 2013, p.

²⁸² Cass. crim. 26 juin 1930, *Bull. crim.* n° 190.

Ce critère ne résout donc pas la question du choix initial de la qualification appropriée »²⁸³. Il faut alors se tourner vers d'autres modes de résolution des conflits. Lorsqu'une seule valeur sociale est atteinte, soit le conflit est dit apparent, soit il est dit véritable. Il est apparent lorsque les qualifications en conflit sont exclusives, c'est-à-dire qu'il existe une unité de temps et d'intention entre les comportements²⁸⁴ ou lorsque l'élément constitutif de l'une constitue la circonstance aggravante de l'autre. Le conflit est dit véritable lorsque les qualifications sont alternatives, c'est-à-dire qu'un même fait correspond aux éléments constitutifs de plusieurs infractions et il faudra se référer aux règles du droit pénal de fond pour le résoudre²⁸⁵.

Dans la seconde configuration, qui sera étudiée, l'acte unique lèse plusieurs valeurs sociales différentes, auquel cas il s'agit d'un cumul idéal d'infractions. Plusieurs qualifications sont ici susceptibles d'être retenues²⁸⁶ et, par extension, plusieurs infractions. Celles-ci sont dites en concours réel et il faudra alors appliquer la règle du non-cumul des peines de même nature. Seul sera encouru le maximum légal correspondant à une qualification.

O. DECIMA résume ces différentes hypothèses de la manière suivante : « il semblerait possible de distinguer le concours de qualifications – un fait infractionnel unique peut *a priori* donner lieu à plusieurs qualifications légales – du conflit de qualifications – les qualifications en cours ne peuvent être discriminées – et du cumul de qualifications – les qualifications légales sont toutes appliquées »²⁸⁷.

Si le corps est conçu comme une valeur sociale protégée, il faut alors analyser les atteintes dont il fait l'objet pour déterminer les qualifications applicables et l'issue de la résolution de ce conflit. À l'origine de l'incertitude quant à la qualification de valeur sociale

²⁸³ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 240.

²⁸⁴ Par exemple, l'auteur ne peut être à la fois le voleur et le receleur, voir Cass. crim. 22 janvier 1948, *Bull. crim.* n° 26 ; Cass. crim. 15 décembre 1949, *Bull. crim.* n° 350. Voir également X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 242 : « Seule la qualification applicable à l'infraction d'origine doit être retenue, parce que l'infraction de conséquence est dénuée d'élément moral propre. Ainsi les qualifications de vol et de recel sont exclusives ».

²⁸⁵ Par exemple, l'homicide volontaire et l'empoisonnement sont deux actes qui atteignent la même valeur sociale. Ce sont des qualifications en conflit véritable car elles sont alternatives, mais « en présence d'une infraction formelle et de l'infraction matérielle correspondante [...], l'exclusion de l'infraction matérielle s'impose : le législateur ayant eu la volonté de punir spécialement un mode d'exécution sans attendre le résultat », voir X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 244.

²⁸⁶ Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt *Ben Haddadi* du 3 mars 1960. L'auteur a jeté une grenade dans un débit de boissons, causant ainsi intentionnellement plusieurs homicides ainsi que la destruction du bâtiment, voir Cass. crim., 3 mars 1960 (*Ben Haddadi*), *Bull. crim.* n° 138 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2016, p. 305 ; RSC 1961, p. 105 s., obs. LEGAL ; *D.* 1960, somm. p. 75.

²⁸⁷ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., p. 221.

protégée se trouvent les textes relatifs à la bioéthique, lesquels semblent avoir le corps personnifié pour objet. L'hypothèse qui soulève des difficultés étant celle du corps personnifié, particulièrement du fait de son apparition explicite au sein du Livre V du Code pénal, le raisonnement se concentrera précisément sur celle-ci.

118. La lésion d'une pluralité de valeurs sociales protégées – Lorsque le corps apparaît comme une valeur sociale protégée et pour reprendre l'exemple précédent, à s'en tenir à la formulation des incriminations le prélèvement d'organes sans le consentement de l'intéressé²⁸⁸ lèserait à la fois la « valeur sociale corps » et la « valeur sociale intégrité physique ». Cet acte pourrait en effet être qualifié de violences volontaires, voire de tortures et actes de barbarie. Les premières seraient constituées dans l'hypothèse où la victime ne ressent pas des douleurs rendues insupportables par le prélèvement qui cause une lésion corporelle. En revanche, si par exemple la victime n'est pas sous anesthésie lors du prélèvement elle subira inévitablement des souffrances aiguës, constitutives de l'infraction de tortures et actes de barbarie ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Il faut alors déterminer quelle règle de droit pénal de fond permet d'identifier la qualification applicable.

Dans cette configuration, le conflit de qualifications est dit idéal, car celles-ci se cumulent. En effet, lorsqu'un même fait lèse des biens juridiques distincts, la chambre criminelle a consacré la solution du cumul de qualifications²⁸⁹. Dans ce cas, il faudrait considérer que les infractions de prélèvement sans consentement portent atteinte à la fois à la « valeur sociale corps » et à la « valeur sociale intégrité physique ». En pratique, il s'agira d'un concours réel d'infractions car un acte délictueux a été commis avant que l'auteur n'ait été condamné pour une autre infraction²⁹⁰. En vertu de l'article 132-3 alinéa 1^{er} du Code pénal les peines de nature différente peuvent se cumuler. En revanche, il en va différemment pour les peines de même nature car elles ne peuvent se cumuler et une seule d'entre elles sera prononcée, dans la limite du maximum légal encouru. Les exemples précités ne proposent que des peines de même nature, soit l'emprisonnement ou l'amende. En conséquence, le maximum légal encouru sera, selon la qualification retenue aux côtés de celle de prélèvement sans consentement, de dix ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende²⁹¹, quinze ans de

²⁸⁸ Article 511-3 al. 1^{er} du Code pénal.

²⁸⁹ Cass. crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138 (*Ben Haddadi*), arrêt préc.

²⁹⁰ Article 132-2 du Code pénal (en cas de poursuite unique).

²⁹¹ Article 222-9 du Code pénal (violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente).

réclusion criminelle²⁹², trente ans de réclusion criminelle²⁹³, ou la réclusion criminelle à perpétuité²⁹⁴.

En d'autres termes, le seul apport que pourrait avoir la « valeur sociale corps » serait l'inscription de cette infraction au casier judiciaire de l'intéressé. La peine encourue serait en effet identique à celle encourue lorsque ces qualifications sont en conflit. Les prélèvements sans consentement sont bien punis de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende²⁹⁵ ou de cinq ans et 75 000 euros d'amende²⁹⁶, soit par des peines inférieures à celles précitées. Il est vrai que cette inscription aurait des conséquences en cas de récidive ou de réitération. Quant à la cession d'un élément ou produit à titre onéreux, incrimination qui fait exception, elle pourrait conduire, ici aussi, à qualifier le corps de valeur sociale protégée. Pourtant, ces contradictions semblent être de faibles arguments pour ériger le corps en une valeur sociale protégée et ainsi bouleverser l'ordre de ces dernières.

En définitive, il semble impossible de considérer que le corps constitue ou devrait constituer un bien juridique protégé sans aboutir à des tautologies, notamment lorsqu'il est confondu avec la personne, et l'on constate, à l'inverse, la très faible utilité de cette perspective quand il en est dissocié. Ces développements avaient pour objectif d'identifier la véritable nature du corps, démarche qui avait pour origine cette appréhension négative. Il est acquis qu'il ne saurait revêtir les fonctions d'une valeur sociale protégée. Après avoir éliminé la qualification qui ne s'applique pas, il faut désormais identifier celle qui lui est applicable.

§ 2 - Le corps, vecteur des valeurs sociales protégées attachées à la personne

119. De la « valeur sociale corps » à la « valeur sociale personne humaine » – Le corps ne constitue pas une valeur sociale protégée mais pour autant la place qu'il occupe n'a pas trouvé de définition. Au vu des développements précédents, il est utile à la protection des valeurs sociales protégées ce qui explique son omniprésence dans les incriminations protégeant

²⁹² Articles 222-1 (tortures et actes de barbarie) et 222-7 du Code pénal (violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner).

²⁹³ Article 222-5 du Code pénal (tortures et actes de barbarie ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente).

²⁹⁴ Article 222-6 du Code pénal (tortures et actes de barbarie ayant entraîné la mort sans intention de la donner).

²⁹⁵ Article 511-3 du Code pénal (prélèvement d'organes).

²⁹⁶ Articles 511-4 (prélèvement de tissus, cellules et produits) et 511-6 du Code pénal (prélèvement de gamètes).

la dimension physique de la personne. Dès lors, plutôt que de tenter vainement de l'assimiler à ces valeurs peut-être faut-il étudier en quoi il s'en distingue, ce qui permettra éventuellement de définir sa nature ainsi que sa fonction. Ces deux notions ne comportent pas, en effet, les mêmes caractéristiques ni les mêmes utilités. En outre, si le corps humain n'est pas une valeur sociale protégée, il faudra alors déterminer quelles sont ces valeurs qui concourent à la protection de la personne humaine, de l'espèce humaine ainsi que de l'humanité. Ces trois notions sont en effet au centre du Livre II du Code pénal en ce qu'elles constituent les catégories principales de classement des incriminations²⁹⁷.

120. Annonce de plan – Il en ressortira que le corps se distingue des valeurs sociales protégées (**A**), dont la personne humaine est la bénéficiaire (**B**).

A. Le corps, distingué des valeurs sociales protégées

121. Nature et fonctions du corps humain en droit pénal – Cette démarche suppose d'isoler ce qui distingue les valeurs sociales protégées du corps humain. Ces deux concepts ont des caractéristiques et des fonctions qui leur sont propres, tout en pouvant être utiles l'un à l'autre. Il faudra alors déterminer quelles sont les fonctions du corps humain dans l'incrimination mais également dans l'infraction. En effet, puisque l'atteinte aux biens juridiques protégés réalise l'infraction, qu'en est-il des atteintes au corps ?

122. Annonce de plan - À ce titre, il convient de distinguer les valeurs sociales protégées de leur support (**1**), pour ensuite étudier les fonctions du corps humain en tant que support des valeurs sociales protégées (**2**).

1) La distinction entre les valeurs sociales protégées et leur support

123. Les paradoxes du corps – Les incohérences matérialisées par cette place ambiguë qu'occupe le corps dans le Code pénal proviennent du fait que celui-ci est part entière de

²⁹⁷ Le Livre II du Code pénal, intitulé « De crimes et délits contre les personnes » s'ouvre sur un premier Titre intitulé « Des crimes et délits contre l'humanité et contre l'espèce humaine » et le second Titre est relatif aux « atteintes à la personne humaine ».

l'incrimination, sans pour autant en être l'objet. L'impression, véhiculée par les incriminations du Livre V du Code pénal, selon laquelle le corps est une valeur sociale protégée est due à une appréhension inadaptée du corps par le législateur. Le paradoxe que cette étude a mis en lumière et qui fait apparaître le corps comme une valeur sociale illusoire s'explique alors par la confusion, opérée par le législateur, entre la valeur sociale et son support. D'ailleurs, M. LACAZE ne manque pas d'observer que l'article 511-5-1 du Code pénal, qui punit le fait de « procéder à des prélèvements scientifiques sur une personne décédée sans avoir transmis le protocole prévu par le Code de la santé publique », fait apparaître le corps humain à la fois comme le support de l'infraction, puisqu'il subit le prélèvement donc le résultat concret de l'infraction, et comme le bien juridique objet de l'incrimination²⁹⁸, puisque l'article est codifié dans une Section intitulée « de la protection du corps humain ». Ces ambiguïtés s'expliquent par le fait que le corps n'est pas une valeur sociale protégée mais leur support. Il faut en effet les distinguer car ils n'ont ni la même nature, ni la même fonction. Le corps peut subir le résultat concret de l'infraction tout en n'étant pas la valeur objet de l'atteinte, tout comme un meuble subirait une dégradation sans être qualifié de « valeur sociale propriété ». Pourtant, ces objets sont partie intégrante de l'infraction puisqu'ils permettent à l'auteur de la commettre. Ce paradoxe va pouvoir se résoudre en distinguant la valeur sociale de son support.

124. Sortie du paradoxe par la distinction des valeurs sociales protégées et leur support – VON LISZT a solutionné ce paradoxe en distinguant le bien juridique protégé de l'objet de l'action délictueuse²⁹⁹. En effet, selon l'auteur, le fait générateur de l'infraction s'apparente à une action qui va produire un changement dans le monde réel et empirique. La valeur sociale protégée est un concept abstrait, qui ne peut subir de lésion concrète. Autrement dit elle ne peut subir le résultat matériel de l'infraction, ce qui a amené VON LISZT à recourir à la notion d'objet de l'action. « Le bien juridique va se “concrétiser” dans cet objet, y prendre corps de sorte que l'action délictueuse pourra détruire celui-ci tout en laissant l'intérêt, et le bien juridique, intacts. Pour prendre un exemple grossier, on peut dire que si un criminel coupe un membre à une personne, celle-ci aura subi une lésion sur son corps, objet de l'action, alors que son intérêt à l'intégrité physique demeurera intact, tout comme le bien juridique [intégrité physique] puisque la norme continuera à exercer sa protection contre les atteintes futures »³⁰⁰.

²⁹⁸ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 319. L'auteur utilise les termes d' « objet matériel » et d' « objet juridique ».

²⁹⁹ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 60 s.

³⁰⁰ *Ibidem*.

En d'autres termes, l'objet de l'action est un support de la « valeur sociale intégrité physique »³⁰¹. Le corps peut donc être détruit par un meurtre, la « valeur sociale vie » restera intacte en ce qu'elle constitue une composante de l'ordre public, qui ne s'éteint pas tant qu'elle est incriminée. Le support de la valeur sociale protégée comporte donc une nature tout à fait différente de celle-ci³⁰².

125. Distinction entre la valeur sociale et son support – Outre leur différence de nature, empirique et concrète pour l'un, conceptuelle et abstraite pour l'autre, l'objet qui subit l'infraction ne peut être à la fois la valeur sociale atteinte et le support de cette valeur. L'infraction est l'atteinte à une valeur sociale, concrétisée par la lésion physique d'un objet matériel³⁰³. Les valeurs sociales protégées étant un concept, pour que l'atteinte qui leur est portée soit effective il faudrait que le support subisse une lésion physique. Autrement dit, le support est celui qui représente la valeur sociale physiquement, concrètement dans le monde empirique et constitue donc son substrat. « L'objet matériel de l'infraction consiste en une réalité matérielle, naturelle et concrète. Il est toujours, au contraire de l'objet juridique, perceptible, tangible, visible et palpable »³⁰⁴. Les valeurs sociales n'appartiennent pas au monde empirique, elles ont une dimension immatérielle et nécessitent alors un support pour exister. Ainsi, lors de la dégradation d'un bien appartenant à autrui, celui-ci est la matérialisation concrète d'un droit de propriété qui prend corps dans ce bien. Ce dernier subira la conséquence matérielle, physique de l'atteinte à la « valeur sociale propriété ». En aucun cas ce bien concret ne peut être confondu avec la « valeur sociale propriété », qui est un concept appartenant au monde spirituel et donc insusceptible de lésion matérielle. Ainsi, l'objet matériel de l'infraction est le substrat matériel des valeurs sociales en ce sens qu'il les véhicule. Il diffuse des valeurs qui seront protégées dès lors qu'elles feront l'objet d'une valorisation législative³⁰⁵. En effet, si la valeur sociale est assimilée à son support, tout objet matériel pourrait être qualifié de valeur sociale protégée, comme tout bien faisant l'objet d'un droit de propriété par exemple. En

³⁰¹ Le terme de « support d'une valeur sociale » est donc équivalent à celui d'« objet matériel de l'infraction » en ce qu'ils constituent tous deux l'objet atteint par le comportement délictueux, lui-même étant constitutif d'une infraction en ce qu'il porte atteinte, ou tente de porter atteinte, à une valeur sociale protégée.

³⁰² Il en résulte, comme le relève M. LACAZE, que la détermination de la valeur sociale protégée est souvent plus délicate que celle de l'objet matériel du délit. La répression des agressions sexuelles protège-t-elle la liberté sexuelle ou la dignité ? Que protègent les infractions au Code de la santé publique, le corps, la personne, l'éthique, l'espèce humaine ? Voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 314.

³⁰³ À moins que l'objet matériel soit un objet incorporel, voir infra n° 126.

³⁰⁴ S. SELÇUK, « L'objet de l'infraction et l'escroquerie de ce point de vue », *RSC* 1993, spéc. p. 739.

³⁰⁵ Sur la valorisation législative, voir *supra* n° 35 s.

conséquence, le *ius puniendi* de l'État, qui s'exprime notamment par la création d'une incrimination et donc par le choix d'une valeur sociale protégée, s'étendrait sur tous les biens susceptibles d'appropriation et ne connaîtrait alors presque aucune limite. De surcroît, les valeurs sociales s'imposent à la société et au législateur, à la différence de leur support. Ce dernier n'est pas protégé en tant que tel par le législateur mais bénéficie d'une protection *par le biais* de la valeur sociale qu'il véhicule³⁰⁶. Il ne dispose d'aucune autonomie et ne s'impose pas de lui-même au regard de son importance pour la société, bien au contraire car, en réalité, il se voit dépendant des valeurs sociales qui émanent de lui.

En conséquence, certains doutes précédemment émis peuvent être levés. Il ne peut être soutenu que le corps humain est l'équivalent de la « valeur sociale intégrité physique » car leurs natures diffèrent. Pour les mêmes raisons, le cadavre et l'embryon ne peuvent recevoir cette qualification car ils constituent également des supports concrets. Il restera donc à identifier quelles sont les valeurs sociales protégées dont ils sont le reflet. La nature du corps humain étant désormais définie, il faut maintenant aborder ses fonctions en tant que support des valeurs sociales protégées.

2) *Les fonctions du support des valeurs sociales protégées*

126. Le support des valeurs sociales protégées dans la qualification de l'infraction –
Le classement des incriminations est opéré en fonction de la valeur sociale protégée, puisqu'elle constitue un instrument de cohérence mais également en fonction de son support. La qualification d'une infraction suppose dans un premier temps de rattacher le comportement à un texte, opération intellectuelle qui débute par la recherche de la catégorie juridique à laquelle appartient le support de la valeur sociale. Le support revêt en effet certaines caractéristiques permettant de le relier à une catégorie juridique préexistante, ce qui conduira à dégager les règles qui lui sont applicables tant sur un plan pénal qu'extra-pénal. Le support du bien juridique

³⁰⁶ Sur le régime du substrat matériel des valeurs sociales, voir *infra* n° 126 s.

protégé peut être corporel ou incorporel³⁰⁷, ou encore personnel ou réel. Ainsi, le support qui peut être classé dans la catégorie des biens se verra appliquer les règles civilistes relatives aux biens et, *a priori*, le régime des infractions relatives aux biens. Il convient donc, avant d'appliquer toute règle pénale, d'opérer un classement au vu de la *summa divisio* du droit civil.

Certaines infractions seront plus difficiles à qualifier, soit compte tenu de l'incertitude de la catégorie juridique à laquelle appartient le support³⁰⁸, soit du fait d'une contradiction entre la nature du support et les valeurs sociales qui en émanent³⁰⁹. Ainsi, le corps humain est parfois perçu comme appartenant à la catégorie juridique des personnes, et parfois comme appartenant à celle des choses. Or, il véhicule des valeurs sociales qui peuvent se révéler contraires à la catégorie juridique à laquelle il est rattaché, d'où les difficultés qui peuvent être rencontrées pour lui attribuer une qualification et un statut juridique. Le support ne peut se voir appliquer que les règles auxquelles sont soumises les valeurs sociales qu'il concrétise. De par les différentes catégories juridiques auxquelles il peut appartenir, le corps est un support protéiforme. En effet, le cadavre tout comme les éléments et produits ne peuvent être assimilés à la personne humaine. Ils seront alors assimilés aux choses³¹⁰ et véhiculeront des valeurs sociales relatives aux biens tout en étant rattachés à l'humain, ce qui explique que certaines qualifications sont à l'origine de nombreuses dissidences³¹¹.

Si le corps n'est pas la valeur sociale protégée par l'incrimination, il n'est pas pour autant dépourvu de toute fonction dans ce mécanisme de politique criminelle. Les incriminations sont variées mais convergent vers plusieurs valeurs sociales différentes qui ont le corps pour support. Porteur des valeurs sociales atteintes lors d'une infraction, il subit les conséquences de celle-ci et sera par ailleurs utile à la révélation de ces atteintes. La vie, le consentement ou encore l'intégrité physique sont en réalité des émanations du corps humain, dont la personne est le bénéficiaire.

³⁰⁷ Ce support est généralement corporel, à l'instar des biens ou du corps humain, mais il peut également être incorporel, comme l'est une idée qui ferait l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Lors d'une infraction au Code de la route, la « valeur sociale sécurité routière » est atteinte, représentée par un objet corporel (par exemple le corps si le comportement cause une atteinte à l'intégrité physique ou à la vie). Cependant, il convient de ne pas opérer de confusion entre le caractère immatériel de la valeur sociale et le caractère immatériel de l'objet. Une production de l'esprit n'est pas palpable comme peut l'être un bien mais appartient néanmoins au monde empirique car elle se présente comme une réalité concrète, utilisable et destructible, et dont la préservation ne s'impose pas au législateur.

³⁰⁸ Voir *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II.

³⁰⁹ Voir *infra* n° 530.

³¹⁰ Leur nature humaine leur conférant toutefois un régime particulier, voir *infra* n° 528 s.

³¹¹ Sur les obstacles à la qualification de l'infraction voir par exemple, concernant l'embryon, *infra* n° 267.

B. La personne, bénéficiaire des valeurs sociales protégées

127. La recherche des objets réels de protection – Le corps humain n’entre pas dans la finalité du droit pénal, à la différence de ce qu’il véhicule. Il peut dès lors être porteur de plusieurs valeurs sociales différentes qui ont pour objectif premier de protéger la personne, l’espèce humaine ainsi que l’humanité³¹². Par exemple, puisque le corps peut voir ses fonctions biologiques atteintes irrémédiablement il a été nécessaire de réprimer les atteintes à la vie de la personne. Puisque le corps est l’intime de la personne, les atteintes à la dignité sont sanctionnées. Les valeurs sociales protégées ont un référent³¹³ soit un sujet soumis au droit positif et qui bénéficie de ces valeurs³¹⁴. Dès lors que le corps véhicule une valeur, il bénéficie de la protection du droit pénal au travers de celle-ci, en ce que l’atteinte qui lui est portée déclenche la sanction.

128. Annonce de plan – L’humanité, l’espèce humaine ainsi que la personne sont des notions qui convergent vers la dimension individuelle ou collective de la personne **(1)**. Celle-ci se voit octroyer toutes les valeurs sociales dont le corps est porteur et qui constituent des démembrements d’elle-même **(2)**.

1) Les dimensions individuelle et collective de la personne humaine

129. La personne, incarnation de l’humanité et de l’espèce humaine – L’organisation du Code pénal reflète les valeurs sociales ayant fait l’objet d’une consécration législative ainsi que la hiérarchie instaurée entre elles. Le Livre II du Code pénal s’intitule « Des crimes et délits contre les personnes » et contient deux Titres. Un premier intitulé « Des crimes contre l’humanité et l’espèce humaine », et un second intitulé « Des atteintes à la personne humaine ». La première observation qui peut être faite est que la personne est incluse dans un

³¹² Sur cette construction « pyramidale », voir O. DECIMA, *L’identité des faits en matière pénale*, *op. cit.*, p. 104.

³¹³ Sur les biens juridiques protégés et leurs référents, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, notamment p. 449 s. Ainsi, la personne humaine sera le référent individuel des valeurs sociales qui lui sont rattachées et l’espèce humaine ou l’humanité peuvent être bénéficiaires de valeurs sociales collectives comme l’environnement.

³¹⁴ Les valeurs sociales se distinguent des droits subjectifs, car elles constituent l’objet de la protection pénale et leur atteinte cause un trouble à l’ordre public, tandis que le droit subjectif confère à son titulaire la possibilité d’agir en réparation du préjudice qu’il a subi. Ce droit nécessite la personnalité juridique pour être exercé, tandis que le bénéfice d’une valeur sociale est indépendant de cette qualité, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 440.

Livre qui est lui-même relatif à la personne. En d'autres termes, la notion de personne humaine recouvre à la fois l'humanité, l'espèce humaine et la personne elle-même. Celle-ci est donc conçue par le droit pénal en sa dimension collective et individuelle. En sa dimension collective car l'humanité a été définie comme une entité composée des hommes et l'espèce humaine comme la réunion d'individus qui appartiennent au même genre, en l'occurrence le genre humain³¹⁵. En sa dimension individuelle ensuite, en ce que la personne est un concept renvoyant à une entité originaire d'une fusion corps-esprit. La personne en tant que concept abstrait a été distinguée d'une personne, qui, elle, est un être individualisé et appartenant au monde empirique. Ceci explique l'intitulé du Livre II, ainsi que son contenu, qui a pu paraître répétitif et contradictoire. L'être humain a quant à lui été défini comme un être en vie qui possède les caractéristiques de l'homme et constitue une notion plus étendue que celle de personne humaine. Toute personne est en effet un être humain mais tout être humain n'est pas une personne, faute d'esprit suffisamment développé pour disposer d'une autonomie de conscience³¹⁶. Il faut déduire de cette organisation du Code pénal que l'être humain qui n'est pas une personne ne fait pas l'objet d'une protection par le droit pénal, à défaut de bénéficier de valeurs sociales protégées. Ceci explique donc que l'embryon puisse recevoir la qualification d'être humain sans pour autant être bénéficiaire de valeurs sociales protégées car le Code pénal ignore tout ce qui n'est pas la personne³¹⁷. Celle-ci est donc la valeur sociale suprême portée par le Code pénal, soit en sa dimension collective au travers de l'humanité et de l'espèce humaine, soit en sa dimension individuelle au travers des atteintes à la personne.

130. La personne humaine, valeur sociale suprême – Considérée par le législateur comme l'objectif premier de protection lors de l'élaboration du nouveau Code pénal, la personne humaine constitue la valeur sociale suprême. G. LOISEAU constate par ailleurs qu'« il y a, dans notre système juridique, un ordre de valeurs et la personne humaine occupe, dans cette hiérarchie, une position non seulement dominante mais surtout inégalable »³¹⁸. En témoigne le terme de personne *humaine*, qui n'est autre qu'une personne physique mais le droit pénal valorise ainsi la personne. Par le biais du renvoi à l'humanité, elle acquiert ensuite une dimension bien plus large que le terme de personne physique. La personne humaine est la

³¹⁵ Voir *supra* n° 59.

³¹⁶ Voir *supra* n° 61 s.

³¹⁷ À l'exception du cadavre, dont les atteintes sont codifiées au sein du Livre II. Pour davantage de développements sur ce point, voir notamment *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

³¹⁸ G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.* 2011, chron. p. 2558 s., spéc. p. 2558.

bénéficiaire de toutes les valeurs sociales. Répondant à la définition d'être humain, appartenant à l'espèce humaine et représentant l'humanité sous sa forme individuelle, elle bénéficie de toute la protection accordée à l'humain.

Toutes les incriminations visant à réprimer des atteintes à la personne humaine contiennent des valeurs sociales dont elle constitue le principal point de convergence. La personne humaine se présente alors non pas comme un moyen mais comme une fin, celle d'octroyer à l'humain une protection pénale des plus complètes. En revanche, le corps, en ce qu'il diffuse toutes les valeurs sociales dont la personne est bénéficiaire, constitue un moyen de parvenir à cette finalité ou, au contraire, de lui faire obstacle. La personne humaine est donc protégée par le biais de toutes ces valeurs, qui constituent des démembrements d'elle-même.

2) *Le démembrement des valeurs sociales protégées*

131. Les ramifications de la personne humaine – La personne humaine n'est pas perçue uniquement dans sa dimension physique et psychique. Si les valeurs sociales contenues dans le Livre II du Code pénal lui sont rattachées, elle bénéficie également des valeurs sociales relatives aux biens et contenues dans le Livre III. Toutes ces valeurs sociales ne sont pas la finalité première du Code pénal mais un moyen d'accéder à la protection de la personne humaine qui, elle, constitue une fin en soi. Dès lors, la personne humaine est une valeur sociale qui se démembre en plusieurs valeurs sociales protégées, classées en différentes catégories qui protègent toutes un aspect de la personne. En conséquence, cette prééminence d'« autrui » permet la protection du corps humain par le truchement de la personne humaine³¹⁹. Ce constat n'est pas sans inconvénients. En effet, d'une part cela signifie *a contrario* que tout corps qui n'entre pas dans la notion de personne ne peut être protégé par son biais. D'autre part, tout corps, incluant donc celui de la personne, qui n'est pas traité comme son support, recevra inévitablement une protection inadaptée à sa nature, voire aucune protection dans certains cas.

³¹⁹ Il faut d'emblée souligner, en reprenant l'analyse de O. DECIMA, que les valeurs sociales sont imprécises, notamment car elles « sont organisées de façon pyramidale ». Selon l'auteur, il n'est de ce fait pas possible de dissocier nettement les intérêts protégés qui constituent des ramifications de la personne humaine, voir O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale, op. cit.*, p. 104. Cependant, cette analyse a trait à l'application de la loi pénale et la question de l'instrumentalisation des valeurs sociales protégées sera traitée ultérieurement. Cette partie de l'étude ne tend pas à utiliser ces valeurs mais à en constater l'existence et leur lien avec la personne, à tout le moins s'agissant de celles qui sont portées par le Code pénal.

Le corps dépend alors de son lien avec la personne pour bénéficier des valeurs sociales portées par le Code pénal.

132. Les valeurs sociales portées par le Code pénal – À la lecture du Code pénal, les atteintes à la vie, qui s'entend donc de la vie biologique, sont les premières incriminations qui apparaissent au sein du Titre II du Livre deuxième³²⁰ et sont par conséquent celles qui comportent les peines les plus lourdes. Viennent ensuite les atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne, la mise en danger de la personne, les atteintes à la liberté, à la dignité, à la personnalité, ainsi qu'aux mineurs et à la famille. Ce sont donc ces valeurs sociales qui constituent des concepts, impalpables, abstraits et imperceptibles, au service de la protection de la personne. Ces biens juridiques protégés sont des objectifs de protection et non les supports à protéger. Ainsi, la liberté n'est pas une chose concrète et matérielle mais un concept, une possibilité offerte à l'individu d'agir en accord avec sa volonté. Il en va de même avec toutes ces valeurs sociales car elles prennent corps dans un support mais ne se confondent pas avec lui. Ce sont ces valeurs qui entrent dans l'interprétation de la loi, ainsi que dans la qualification du comportement délictueux, notamment lorsque plusieurs qualifications sont en concours. Par ailleurs, la hiérarchie des incriminations répond à une certaine cohérence, tant dans l'organisation du Code pénal que dans la gravité des sanctions qui découlent de l'importance de la valeur. C'est l'importance que le législateur accorde à chacune d'entre elles qui déterminera le *quantum* de la peine encourue car c'est en fonction de ces valeurs sociales et de leur perception morale, sociale ou politique que le droit pénal spécial est organisé³²¹. Enfin, la justification d'une infraction est le résultat d'une mise en balance des intérêts protégés et non de leurs supports³²². Par exemple, l'atteinte à l'intégrité physique peut être justifiée dans le cadre d'une activité médicale avec le consentement du patient, le consentement étant la valeur sociale qui va primer. Certaines valeurs ne sont pas expressément portées par le Code pénal mais ont tout de même conduit à incriminer un résultat redouté. Les valeurs sociales contenues

³²⁰ Les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine constituent en réalité les premières incriminations du Livre II du Code pénal. Cependant, certaines valeurs sociales atteintes par les comportements incriminés, comme la vie, se retrouvent dans les crimes et délits contre la personne.

³²¹ Ce qui explique que les choix opérés par le législateur seront toujours disputés, les facteurs moraux, sociaux et politiques étant variables par essence.

³²² Sur la justification des infractions et la mise en balance des valeurs sociales protégées, voir *infra*, Partie II Titre I.

dans le Livre V sont toutefois bien moins explicites et nécessitent d'être interprétées, notamment au regard du droit civil.

133. Les valeurs sociales à porter par le Code pénal – S'il n'est pas pertinent de considérer le corps comme une valeur sociale protégée du Livre V, il faut alors déceler celles dont il est le support. Ce ne sont pas tant les atteintes aux corps qui sont réprimées dans cette partie du Code pénal que les atteintes au consentement, à la non-patrimonialité ou encore les infractions au Code de la santé publique. L'interdiction de vendre un élément ou produit du corps humain n'est autre que la traduction pénale du principe de non-patrimonialité. Il a été expliqué que la consécration de certaines valeurs sociales par le législateur pénal correspond à la transcription de valeurs portées par d'autres branches du droit. Tel est le cas dans cette hypothèse, puisque le Code civil proclame la non-patrimonialité du corps humain en ses articles 16-2 et 16-5. Au regard du paradoxe dénoncé et de la confusion qu'il engendre, il semble plus pertinent de conforter le corps dans sa fonction de substrat et de consacrer expressément la « valeur sociale non-patrimonialité ». Elle serait ainsi protégée en tant que valeur sociale dont la personne est bénéficiaire car elle en est le premier objectif. Le corps constituerait ici le moyen d'attenter à cette non-patrimonialité, conformément à sa nature et à sa fonction de support. Enfin, il faut analyser la dignité comme valeur sociale protégée, dont l'étendue laisse dubitatif quant au sens qu'elle revêt.

134. Le nébuleux concept de dignité – Le concept de dignité est apparu en droit positif dans le cadre des crimes contre l’humanité³²³. Selon CORNU, « la dignité est ce qu’il convient de faire respecter en l’homme en tant que tel, ce que la condition humaine postule et exige, en elle-même, pour chacun : liberté, identité, pudeur, honneur, quant à soi »³²⁴. La dignité est une notion transcendante, conditionnant tout le respect dû à la personne humaine. Elle renvoie en effet à l’idée que « quelque chose est dû à l’être humain du seul fait qu’il est humain »³²⁵. Selon A. GOGORZA, « l’évidence de la dignité de la personne humaine découle de son caractère ajuridique : la dignité constitue un attribut fondamental des êtres humains, attribut dont la force s’exprime en dehors de toute positivité, tel un présupposé philosophique ou un “postulat de civilisation” dont le droit ne peut que prendre acte »³²⁶. Le droit au respect de la dignité a été introduit en droit français par une décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994³²⁷ à propos des lois de bioéthique. Le domaine auquel elles appartiennent nécessitait un instrument

³²³ B. EDELMAN, « Le concept juridique d’humanité », in *Le Droit, la médecine et l’être humain*, PUAM, 1996, p. 245 s. Du même auteur, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, chron. p. 185 s. spéc. p. 186 : « cette “découverte” majeure serait due à un double phénomène : la barbarie nazie et la biomédecine. L’une comme l’autre, en effet, aurait suscité une crainte – qu’on puisse nier l’homme dans son être même – et une défense – la protection, par la dignité, de cet être de l’homme ». Ce principe a ensuite été proclamé dans divers textes internationaux, dont la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne du 7 décembre 2000 (Chapitre 1, article 1^{er} : « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ») et la Déclaration universelle des droits de l’homme (Déclaration universelle des droits de l’homme du 10 décembre 1948, Préambule : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » ; article 1^{er} : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » ; article 22 : « elle [toute personne] est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité » ; article 23 : « Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu’à sa famille une existence conforme à la dignité humaine »). La notion de dignité a pourtant peine à devenir un concept juridique puisqu’on la voit apparaître comme telle seulement en 1995, dans deux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH, 22 novembre 1995, n° 20166/92, *C.R c/ Royaume-Uni* et *S.W. c/ Royaume-Uni* (à propos du viol entre époux) : « la dignité, comme la liberté, est de l’essence même de la Convention ». Dans le même sens, voir CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* et CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*). La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, bien que n’y faisant pas expressément référence, interdit toutefois les actes de tortures et de barbarie ainsi que les traitements inhumains et dégradants (Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, article 3 : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »).

³²⁴ G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007, p. 24 s., spéc. p. 24.

³²⁵ P. RICOEUR, « Pour l’être humain du seul fait qu’il est humain », in J.-F. RAYMOND (dir.), *Les enjeux des droits de l’homme*, Larousse, 1988, p. 235 s.

³²⁶ A. GOGORZA, « La dignité humaine », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 93 s., spéc. p. 93.

³²⁷ Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc. Le droit à la dignité devient un droit constitutionnel, voir Cons. const. 19 novembre 2009, n° 2009-593 DC, *JO* du 25 novembre 2009 : « Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés », « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d’asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits » ; DC QPC n° 2010-35 du 16 septembre 2010, *JO* du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.* : le Conseil constitutionnel laisse au législateur le soin de concilier la prévention des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’une infraction avec la sauvegarde de la dignité humaine. Pour davantage de développements, voir *infra* Partie II, Titre I, Chapitre II.

de contrôle transcendant le droit et le Conseil constitutionnel « se réfère à une valeur philosophique si fondamentale qu'elle impose un consensus : la dignité humaine. [...] lesdites lois ne peuvent pas prêter à critique puisque, énonce le Conseil constitutionnel, elles visent à la sauvegarde de cette valeur essentielle »³²⁸. Selon les Sages, la dignité suppose le respect de la personne dans son intégrité corporelle mais également le respect de l'intégrité de l'espèce humaine³²⁹. L'adoption des lois de bioéthique a permis, en France, l'insertion de cette notion dans le Code civil³³⁰ ainsi que dans le bloc de constitutionnalité³³¹. Cette notion peut être conçue de manière subjective, c'est-à-dire comme le fait que l'individu est seul juge de sa dignité, ou de manière objective, à savoir que la dignité d'une personne entraîne celle de toute l'humanité. Cette controverse sera étudiée ultérieurement³³², le propre de cette partie de l'étude étant de constater que la dignité est en réalité une valeur tellement diffuse, incorporée dans toutes les valeurs dont la personne bénéficie, que sa présence au sein du Code pénal comme valeur sociale protégée devient superflue, voire source de confusions.

Selon B. BEIGNIER, « il n'existe pas un principe juridique de la dignité de la personne mais des effets juridiques de ce principe »³³³. Ce serait donc le principe duquel découlerait tous les autres. Pour qu'il soit reconnu comme un principe matriciel encore faut-il qu'il dispose d'une certaine effectivité³³⁴. Rares sont les notions qui ont fait couler autant d'encre car la dignité est un véritable « fourre-tout », caractéristique inhérente à cette notion dès lors qu'elle renvoie à la morale. La dignité peut en effet se définir comme ce qui « fait référence à tout ce qu'il convient de faire respecter dans l'homme en tant que tel. Elle s'oppose donc à tout ce qui peut dégrader la personne humaine et l'humilier »³³⁵. Valeur sociale supérieure, indisponible et

³²⁸ F. BUSSY, « La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 61 s., spéc. p. 62.

³²⁹ *Ibid.*, spéc. p. 63.

³³⁰ Article 16 du Code civil : « 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 ».

³³¹ Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc.

³³² Voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre II.

³³³ B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs : les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 153 s., spéc. p. 164, cité par E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ* 2005, n° 1, p. 19 s., spéc. p. 41.

³³⁴ E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 42.

³³⁵ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 259. Du même auteur, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I 100, spéc. n° 2. La morale peut se définir comme un ensemble de règles dont le respect est jugé indispensable par le corps social. Les comportements attentatoires au respect dû à chaque être humain prennent inévitablement une coloration morale, donc tout comportement attentatoire à la dignité sera inévitablement un comportement contraire à la morale et inversement. Pour davantage de développements sur cette notion, voir *infra* n° 294 s. et n° 433.

omniprésente, la dignité, entendue comme un droit objectif, est un « axiome »³³⁶, soit « une vérité évidente de soi et non démontrable »³³⁷. Elle est alors sous-jacente à toute incrimination qui protège la dimension physique de la personne humaine³³⁸, du moins pour s'en tenir au sujet de cette étude. De ce fait, la pertinence, dans le Code pénal, d'un Chapitre qui lui est expressément consacré interroge car si tout est dignité, le fait de rassembler uniquement certaines incriminations dans ce Chapitre manque de logique.

Le Chapitre V du Livre II du Code pénal, « Des atteintes à la dignité de la personne », regroupe les discriminations, la traite des êtres humains, le proxénétisme mais aussi le bizutage ou encore l'exploitation de la mendicité. En réalité, toutes les valeurs sociales portent en elles la dignité de la personne : ainsi en est-il du viol et des agressions sexuelles, dont on ne peut nier le caractère immoral et avilissant. De la même manière, la lecture du Livre II consacré aux crimes et délits contre les personnes fait apparaître des dispositions relatives au cadavre³³⁹, qui ne répond pas à la définition de la personne. La dignité est le fondement juridique de toute norme visant au respect de la personne humaine. De surcroît, son omniprésence dans chacune des valeurs sociales relatives à l'humain rend superfétatoire sa présence au sein du Code pénal. L'évidence n'a pas à être soulignée et l'insertion, dans le Code pénal, d'un chapitre consacré à la dignité ne fait qu'engendrer une confusion chez le juriste. Les raisons qui ont poussé le législateur à insérer certaines incriminations au détriment d'autres interrogent³⁴⁰, et les controverses ne cessent de s'intensifier lorsqu'il s'agit d'établir les incohérences qui en découlent. La dignité est en réalité une valeur sociale tentaculaire dont les démembrements sont ubiquistes. Certains ont pour objet le corps humain, à l'instar de l'intégrité, l'inviolabilité ou la non-patrimonialité du corps humain. D'autres s'illustrent de façons variées, comme le droit à un logement décent³⁴¹ ou l'interdiction du travail forcé³⁴². La dignité se présente alors comme

³³⁶ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, n°1, vol. 58, p. 1 s.

³³⁷ *Dict. Littré*, V° Axiome.

³³⁸ En ce sens, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, 2013, p. 259. Du même auteur, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », art. préc., spéc. n° 5 : « il apparaît que la dignité est une notion qui transcende le droit pénal et se révèle en filigrane dans nombre d'infractions ».

³³⁹ Code pénal, Livre II, Titre II, », Chapitre V intitulé « des atteintes à la dignité de la personne », Section IV intitulée « des atteintes au respect dû aux morts. Sur cette question, voir notamment P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », *JCP G* 2001, II 10566, note sous arrêt ; M. VÉRON, « Vol. Les détresseurs de cadavres », *Droit pénal*, février 2001, comm. n° 18.

³⁴⁰ En ce sens, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 259. Du même auteur, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », art. préc., spéc. n° 11 s.

³⁴¹ Cons. const., 19 janvier 1995, n° 94-359, *JO* du 21 janvier 1995.

³⁴² Article 4 de la CESDH.

« le réceptacle de valeurs très distinctes », conduisant à un « éclatement notionnel »³⁴³. Ce sont ces valeurs sociales dont le respect va pouvoir être assuré et dont les atteintes seront réprimées.

Le support de ces valeurs n'entre pas dans la finalité de la loi pénale. Le législateur n'a pas pour objectif de protéger les atteintes à ces supports mais les atteintes aux valeurs sociales qu'ils véhiculent. Ce n'est donc pas le corps humain qui constituera la *ratio legis* de l'incrimination ou qui entrera dans un éventuel conflit de qualifications mais la personne humaine, qui se situe en haut de la pyramide des valeurs sociales protégées.

135. Conclusion de la Section 1 – Aux termes de ces observations, il est apparu que la confrontation d'une éventuelle « valeur sociale corps » aux fonctions des biens juridiques protégés a révélé de nombreux obstacles. Le corps ne peut, notamment, entrer directement dans la finalité de la loi pénale, ni dans la qualification de l'infraction, contrairement à toutes les valeurs portées par le Code pénal. Il constitue en revanche un outil d'interprétation de la loi pénale ou de qualification de l'infraction en ce sens que la lésion qui lui est portée, par exemple, dévoile la valeur sociale atteinte³⁴⁴. Ces constats se sont confirmés lorsque cette hypothèse du corps comme bien juridique protégé a été transposée, afin d'en vérifier la pertinence, aux incriminations ainsi qu'aux conflits de qualifications. Or, toute atteinte à une valeur sociale portée rattachée à la dimension physique de la personne, comme la vie ou l'intégrité physique, entraînerait *de facto* une atteinte à la « valeur sociale corps ». En d'autres termes, le corps est déjà présent au travers des valeurs sociales protégées contenues dans les incriminations relatives à la dimension physique de la personne. Ensuite, le raisonnement s'est poursuivi en incluant le corps dans les conflits de qualifications, puisque ceux-ci trouvent leur source ainsi que leur issue dans les valeurs sociales protégées. Il en est résulté que lorsque des qualifications relatives à l'hypothétique « valeur sociale corps » se cumulent avec celles relatives à l'intégrité physique ou à la vie, les peines attachées aux infractions de droit pénal commun s'appliquent. En d'autres termes, soit le corps ne peut, par définition, revêtir les fonctions d'une valeur sociale protégée, soit cette configuration est dénuée d'intérêt.

Il a alors été nécessaire de distinguer le corps de ces valeurs afin d'identifier sa nature et ses fonctions réelles. Il s'est fait jour que le premier, objet concret, est le support des secondes, objets abstraits. Ceci explique que le corps peut servir à la qualification de l'infraction

³⁴³ A. GOGORZA, « La dignité humaine », art. préc., spéc. p. 105 s.

³⁴⁴ Pour davantage de développements, voir *infra*, Section suivante.

et être omniprésent, explicitement ou non, dans l'incrimination, en n'étant pas *en lui-même* une préoccupation du législateur. En revanche, la personne humaine est la finalité première du droit pénal et c'est elle qui, en réalité, bénéficie de toutes les valeurs diffusées par le corps. Par conséquent, lorsque les atteintes qui sont portées à ce dernier sont réprimées c'est par le truchement de la personne humaine, valeur sociale suprême. Les dispositions pénales réprimant l'atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou encore à l'espèce humaine sont des droits objectifs dont l'être humain, la personne humaine, l'espèce humaine ou l'humanité bénéficient. Si ce constat ne soulève ni réserves ni difficultés lorsque le corps humain est traité comme un support de la personne par le droit pénal, il est source d'incertitudes dans d'autres situations. En effet, cela implique *a contrario* que tout corps qui n'est pas la personne, comme le cadavre, ou tout corps qui n'est pas traité comme un support, à l'instar du corps biologique, est donc dénaturé par le droit pénal et, surtout, risque de se voir octroyer un traitement préjudiciable.

La nature et la fonction du corps étant établies, il faut le confronter à la phase de l'infraction. En effet, puisque le support de l'infraction a notamment pour particularité de révéler les conséquences de celle-ci, le corps constitue un révélateur de l'atteinte aux valeurs sociales protégées.

Section 2 : Le corps, révélateur de l'atteinte aux valeurs sociales protégées

136. Définition retenue de l'infraction – L'infraction n'est autre qu'un fait punissable portant atteinte à une valeur sociale protégée. Or, la valeur sociale protégée ayant été définie comme un concept abstrait, elle ne peut être atteinte qu'au moyen du support qui la véhicule. L'atteinte à la propriété est ainsi conditionnée par l'appréhension d'un bien. De ce fait, en portant les stigmates du comportement délictueux, le support des valeurs sociales matérialise le résultat de l'infraction et prouve que celle-ci a eu lieu. Le corps est alors instrumentalisé par le droit pénal, qui l'utilise aux fins de déterminer si une valeur sociale a été lésée. Selon X. PIN, cette « transgression punissable » suppose un fait « qualifié pénalement », c'est-à-dire un fait qui correspond « exactement au comportement interdit par la loi et [qui n'est pas] couvert par une cause de justification », ainsi que l'imputation de l'acte à l'auteur. Dissociant l'opération

en deux mouvements différents, X. PIN définit l'infraction par la réunion de la qualification des faits et de leur imputation à l'auteur³⁴⁵.

La qualification de l'infraction suppose, dans un premier temps, la réunion des éléments constitutifs de l'infraction, soit la parfaite adéquation du comportement avec le texte d'incrimination³⁴⁶. Cette opération peut donc se voir contrariée par la présence d'une cause objective de justification, extérieure à l'auteur et applicable à toutes les infractions. Ceci explique que la légitime défense fasse obstacle à la qualification d'homicide volontaire car l'acte est justifié par une cause objective d'irresponsabilité. La responsabilité pénale de l'auteur n'est cependant engagée que si l'infraction lui est imputable. Il doit avoir agi « avec intelligence et volonté »³⁴⁷, soit avec discernement et liberté d'agir. Le support des valeurs sociales protégées portant les conséquences de l'acte, ce dernier contribue essentiellement à matérialiser l'infraction.

137. Champ d'étude de l'infraction – Seront exclues de cette étude l'imputation de l'infraction d'une part, puisque le support est dénué d'influence sur le discernement et la volonté d'agir de l'auteur³⁴⁸ et, d'autre part, sa justification. Sur ce dernier point, il est en effet indéniable que le corps humain peut faire obstacle à la qualification de l'infraction, non parce qu'il constitue en lui-même une cause de justification de l'infraction mais en ce qu'il véhicule des valeurs sociales qui entreront dans la balance des intérêts protégés³⁴⁹. Reste ainsi à analyser la phase de qualification et, plus particulièrement, de constitution de l'infraction.

³⁴⁵ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 149 s.

³⁴⁶ La réalisation d'une infraction suppose l'existence d'une condition préalable, telle que le fait qu'une victime soit en vie pour réaliser l'infraction d'homicide volontaire. Cependant, n'étant pas à proprement parler constitutive de la matérialité de l'infraction, la notion de condition préalable ne connaît que peu de succès parmi les auteurs. Selon Y. MAYAUD « elles [les conditions préalables] n'intègrent pas la matérialité », et ne sont pas consubstantielles à celle-ci. Cette notion ne sera donc pas retenue dans cette étude, celle-ci étant consacrée à la fonction de l'objet matériel de l'infraction dans la révélation des éléments constitutifs, la condition préalable n'en faisant pas partie. Pour une reconnaissance de cette notion, voir par exemple B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit. ; J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, doct. 726.

³⁴⁷ Cass. crim. 13 décembre 1956, n° 55-05.772 (*Laboube*) ; D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN.

³⁴⁸ Le corps humain peut cependant être pris en compte dans l'imputation de l'infraction dans de rares cas tels la contrainte physique. Voir par exemple M. VERON, « Le malaise de l'automobiliste », *Droit pénal*, mars 2006, comm. n° 32. Les manifestations physiques sont ici à l'origine d'une irresponsabilité de l'auteur d'un accident de la circulation.

³⁴⁹ Voir notamment *infra* Partie II, Titre I.

138. Le lien entre le corps humain et les éléments constitutifs de l'infraction – La correspondance entre le comportement et le texte d'incrimination atteste la réunion des éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'élément matériel d'une part, et l'élément moral d'autre part. La dimension matérielle de l'infraction s'apprécie quant à elle au regard du comportement, du résultat et du lien de causalité qui les unit. Le comportement consiste en un ou plusieurs actes positifs ou négatifs et fait figure de donnée commune à toute infraction. Le résultat, soit les conséquences dommageables du comportement, constitue en revanche une donnée plus relative car la majorité de la doctrine considère que toute infraction ne nécessite pas un résultat³⁵⁰. Ainsi, les infractions formelles tel l'empoisonnement sont constituées même en l'absence de résultat effectif. Enfin, le lien de causalité qualifie le lien existant entre le fait générateur et le résultat qui en découle. La dimension morale de l'infraction peut ensuite être définie comme ce qui a animé l'auteur au moment de la réalisation du comportement. Soit que cet élément moral est conçu de façon négative c'est-à-dire sous l'angle d'une absence d'intention, auquel cas l'infraction est non intentionnelle, soit qu'il est conçu de façon positive, autrement dit sous l'angle des infractions intentionnelles. Indispensable quoique fastidieuse, la recherche de ces éléments constitutifs peut être guidée par le corps humain, objet de l'infraction.

La recherche des éléments constitutifs repose sur une démarche intellectuelle visant à démontrer que l'acte délictueux répond précisément au comportement décrit par le texte. L'infraction d'homicide volontaire inclut par exemple un élément matériel, le fait d'avoir donné la mort à autrui, ainsi qu'un élément moral, le fait d'avoir recherché ce résultat. Or, il est nécessaire pour la réussite de cette opération de se référer au support des valeurs sociales, qui subit les conséquences de l'infraction. Il sera en effet démontré que les stigmates qu'aura causé l'infraction à ce support témoignent de la matérialité de l'infraction, elle-même permettant de prouver l'intention de l'auteur. Lorsque l'objet de l'infraction est concrètement atteint, la preuve de la consommation se trouve alors facilitée. Si, par exemple, la constatation des violences physiques présente peu de difficultés, tel n'est pas le cas des violences psychiques,

³⁵⁰ Voir par exemple Y. MAYAUD, qui explique que le résultat peut ne pas participer de la matérialité constitutive de l'infraction ; tel est le cas des infractions formelles ou obstacles dont le résultat est indifférent à la constitution de l'infraction, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 227 s. ; A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985, p. 312. *Contra* voir PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 180 s. ; V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443 s. ; P. SPITERI, « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 498 s, spéc. p. 508 s., l'auteur affirme que « toutes les infractions ont un résultat, elles aboutissent toutes à une transformation du monde extérieur » et que « l'infraction formelle n'est pas alors celle qui est indépendante du résultat, mais celle qui est indépendante du préjudice ».

dont les conséquences sur la victime sont impalpables. C'est dire toute l'importance du caractère corporel du support de la valeur sociale protégée. Lorsqu'il est altéré, le corps subit des lésions visibles qui indiquent la survenance d'un résultat, lui-même permettant d'identifier le seuil de consommation de l'infraction.

La nature et la gravité des lésions corporelles permettent d'identifier la valeur sociale atteinte et d'obtenir des indications sur l'élément moral. Plus précisément, elles peuvent renseigner sur la nature de la faute lorsque l'élément moral est étroitement lié au résultat. La lésion corporelle constitue alors une piste sérieuse pour prouver l'intention délictueuse. De ce fait, une nuance s'impose car lorsque le corps ne subit pas de lésion effective, par exemple en cas de mise en danger d'autrui, il est difficilement concevable de l'utiliser pour attester la réunion des éléments constitutifs. Il est alors utilisé de façon négative, en ce sens que la matérialité constitutive de l'infraction repose ici sur une lésion potentielle et, en conséquence, les développements concernant ces infractions seront moindres.

Concernant l'élément moral, il sera démontré que le résultat et l'objet de l'infraction qui le révèle sont davantage exploités dans la révélation des fautes intentionnelles. La non-intention, parce qu'elle suppose seulement la volonté du comportement, diminue d'autant la pertinence de la fonction utilitariste du résultat, ainsi que du support des valeurs sociales dans l'opération de qualification de l'élément moral. De même, les infractions obstacles ou les infractions formelles qui ne nécessitent pas de traduction matérielle pour être consommées, ou encore certaines formes de tentative voient la preuve de l'élément moral reposer sur le comportement, au détriment de l'exploitation de l'objet de l'infraction.

139. Annonce de plan - L'instrumentalisation du corps dans la recherche des éléments constitutifs sera d'abord démontrée au travers de l'élément matériel de l'infraction, puis au regard de l'élément moral. Pour ce faire, il sera nécessaire de donner, au fil de cette étude, une définition de ces éléments et de s'intéresser à leur fonction dans la qualification de l'infraction.

Le caractère concret du corps humain ne lui conférant une réelle utilité que lorsqu'il est effectivement atteint, ce dernier se présente comme un indicateur de la matérialité de l'infraction (§1) ainsi que de l'élément moral (§2).

§ 1 - Le corps, indicateur de la matérialité de l'infraction

140. La primauté du résultat dans la matérialité de l'infraction – Pilier central de la matérialité de l'infraction, le résultat déploie tous ses effets lorsqu'il s'agit d'analyser le comportement de l'auteur ainsi que le lien de causalité. Comme le souligne V. MALABAT, le résultat se présente comme « le référent de définition des éléments constitutifs de l'infraction »³⁵¹. Bien que son exigence soit relative, notamment dans les infractions formelles et obstacles, le résultat concrétise l'acte délictueux et permet, par un raisonnement antéchronologique, de définir le comportement ainsi que le lien de causalité. Les stigmates de l'infraction (par exemple la mort consécutive à un coup de couteau) déterminent en effet le moyen employé pour parvenir à ce résultat, ce qui permet ensuite de déduire le lien de causalité qui s'impose entre les deux. Partant, cette partie de l'étude aura pour objet premier le résultat car, lorsque le corps donne des indications quant au comportement et au lien de causalité, il le fait par le résultat qu'il révèle.

141. La référence au comportement de l'auteur – Selon V. MALABAT, il semblerait qu'au vu de la primauté du résultat dans l'infraction les moyens utilisés pour y parvenir importent peu³⁵². *A contrario* il sera démontré qu'en l'absence de résultat effectif, seul le comportement est utile à la recherche de la matérialité de l'infraction. Le lien de causalité sera quant à lui abordé de façon sporadique car d'une part il ne pose aucun problème lorsqu'il s'agit d'une infraction intentionnelle et, d'autre part, lorsque la preuve de la constitution de l'infraction repose essentiellement sur le comportement, le lien de causalité est davantage inhérent à l'acte qu'au résultat. Il se trouve dans ce cas détaché de l'objet matériel. Dès lors, si la constitution de l'infraction se définit en référence au résultat il est nécessaire de pouvoir attester l'existence et la teneur de celui-ci.

142. Annonce de plan – Recouvrant différentes réalités, le résultat ne reçoit pas de définition uniforme³⁵³ malgré sa place prépondérante dans la matérialité de l'infraction. Cette

³⁵¹ V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 447.

³⁵² L'auteur souligne que « le résultat est en réalité bien souvent la seule circonstance matérielle précisée par le texte d'incrimination, le législateur se désintéressant alors des moyens employés par l'agent et donc de l'acte accompli », *ibidem*.

³⁵³ Pour une présentation des différentes théories et de leurs implications, voir par exemple J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, p. 97 s.

notion connaît de multiples acceptions, d'abord car le terme ne recouvre pas la même signification selon qu'il s'agisse de l'incrimination ou de l'infraction, et ensuite car son sens varie selon les théories doctrinales. La définition retenue du résultat permettra ensuite de mettre en lumière les fonctions du corps humain dans l'infraction. Le résultat peut en effet consister en une lésion concrète ou potentielle à l'objet et à la valeur sociale qu'il véhicule et, de ce fait, il sera constaté que le corps n'est pleinement instrumentalisé que lorsque les lésions corporelles sont effectives.

En raison de la prépondérance du résultat dans le processus de qualification de l'infraction il faut d'abord tenter de le définir (A), afin d'analyser les rapports qu'il entretient avec le corps (B).

A. La référence au résultat dans la détermination de l'élément matériel de l'infraction

143. La notion et la fonction du résultat - En matérialisant l'atteinte au support de la valeur sociale protégée, le support de l'infraction révèle le résultat au monde extérieur. Il est donc nécessaire de déterminer le processus qui conduit à cette mise en lumière de l'infraction. Plus précisément, il est nécessaire d'étudier la fonction du résultat dans la matérialité constitutive pour pouvoir ultérieurement transposer ces constats au corps humain. Or, le résultat est une notion qui ne cesse d'alimenter les différentes positions doctrinales, tant en raison de sa richesse que de ses interprétations diverses.

144. Annonce de plan - La définition qui sera retenue du résultat aura pour objectif de mettre en lumière ses fonctions principales. Cette notion polysémique sera regroupée sous les concepts de résultat matériel et de résultat juridique, qui correspondent à ceux que le corps humain révèle (1). Inséparables dans la construction de la matérialité constitutive, une dissociation devra néanmoins s'opérer entre ces deux termes. Leur écart de nature et de fonction leur confère en effet un rôle différent dans la matérialité de l'infraction (2).

1) *L'association du résultat matériel et du résultat juridique de l'infraction*

145. Les divergences doctrinales – À l'origine de nombreux débats, les définitions du résultat sont variées. L'incrimination naît d'un « résultat redouté »³⁵⁴, défini comme la crainte d'une atteinte à une valeur sociale protégée, apaisée par la sanction des comportements dangereux. La crainte d'une atteinte à la vie de la personne humaine a ainsi amené le législateur à incriminer l'homicide volontaire. Si tous les auteurs s'accordent sur ce point, les différentes définitions que peut recouvrir le résultat suscitent de nombreuses controverses. Source de toutes les théories, l'appréhension de la notion par A. DECOCQ se compose de la distinction entre le « résultat redouté »³⁵⁵ et le « résultat légal ». Ce dernier correspond au résultat exigé par le texte et permet d'identifier le seuil de consommation de l'infraction (la mort de la victime dans l'homicide volontaire ou l'absorption de la substance mortifère dans l'empoisonnement)³⁵⁶. Reprenant cette distinction, Y. MAYAUD considère également que le résultat légal constitue « la

³⁵⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 238 s ; du même auteur, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979 ; M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 2008, p. 212 ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », art. préc., p. 597 s. Certains auteurs emploient les termes de « résultat réel » ou « résultat sociologique », voir A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171 ; PH. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181 : les auteurs différencient cette notion de celle de « résultat pénal », insistant ainsi sur le caractère non juridique du résultat sociologique, qui n'aurait d'intérêt que pour aider le législateur dans la création d'une incrimination.

³⁵⁵ A. DECOCQ assimile les termes de « résultat redouté » et de « résultat réel » en ce sens qu'il s'agit du résultat craint par le législateur et qui a mené à la création d'une incrimination, voir A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171.

³⁵⁶ A. DECOCQ qualifie également le résultat légal de « résultat juridique », *ibidem*. Selon la théorie de l'auteur, le « résultat légal » peut donc servir de critère à la distinction des infractions matérielle et formelle. Le « résultat redouté » est présent dans les deux cas mais ne coïncide pas avec le « résultat légal ». Ainsi, dans l'empoisonnement le « résultat redouté » (l'atteinte à la vie) ne coïncide pas toujours avec le « résultat légal » (l'absorption de substances mortifères), voir A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171 et 182 ; voir également Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, *op. cit.*, p. 284. Pour une présentation complète des différentes théories, voir J.-M. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 98 s.

fixation de la consommation de l'infraction »³⁵⁷ mais ajoute une deuxième pierre à l'édifice en différenciant le résultat légal du « résultat juridique ».

Selon Y. MAYAUD, le résultat juridique représente l'atteinte effective ou potentielle à une valeur sociale protégée. Le résultat légal est donc toujours porteur d'un résultat juridique, puisque l'infraction est consommée lorsque la valeur sociale subit une atteinte effective (infractions matérielles) ou potentielle (tentative, infractions formelles et obstacles)³⁵⁸. Dans la même veine, PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON incluent eux aussi les notions de résultat légal et de résultat juridique au cœur de leur théorie et, selon eux, le résultat légal est constitué « lorsque le délinquant est parvenu au seuil, jugé suffisant par le législateur, de l'atteinte portée à la valeur sociale protégée »³⁵⁹. C'est la réalisation du comportement décrit par le texte qui indique le seuil de consommation de l'infraction. PH. CONTE ajoute cependant une troisième pierre à l'édifice en complétant les notions de résultat légal et de résultat juridique par celle de « résultat matériel ».

146. L'introduction du résultat matériel – Selon cet auteur, le résultat matériel constitue « la modification du monde extérieur qui résulte de l'acte matériel prohibé. Dans le cas du vol, par exemple, la soustraction matérielle a pour conséquence immédiate le

³⁵⁷ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., p. 277 s. *Contra*, voir E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 558 s. L'auteur se détache des théories de Y. MAYAUD car selon lui les références au « résultat légal » et au « résultat juridique » (entendu comme une atteinte potentielle ou effective à la valeur sociale protégée) sont inutiles. Souvent assimilé à la réalisation du comportement décrit par le texte, le « résultat légal » ferait l'objet d'une conception « beaucoup trop générale puisqu'elle est susceptible d'absorber le comportement et ses conséquences [...]. Le risque est alors d'assimiler la cause et l'effet ». Quant au « résultat juridique », le lien que cette notion entretient avec celle de valeur sociale rend, selon l'auteur, cette approche aléatoire du fait des incertitudes entourant l'intérêt pénalement protégé par le texte, le législateur étant parfois peu explicite sur le contenu de celui-ci. L'auteur ajoute que le « résultat juridique » s'apparente en réalité à la valeur sociale protégée déduite du texte d'incrimination. Dès lors, « l'atteinte à la valeur sociale protégée apparaît davantage comme étant le fait générateur de l'intervention législative que son résultat ». L'auteur ne retient donc que le « résultat redouté » car la mise en œuvre de la sanction se justifie par la gravité du résultat que le comportement est susceptible de provoquer, indépendamment de la preuve de ce résultat.

³⁵⁸ Si la distinction entre le résultat juridique et le résultat redouté est aisée car ce dernier, contrairement au premier, ne survient pas invariablement, il sera démontré que la dissemblance entre résultat légal et résultat juridique est discutable.

³⁵⁹ PH. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble 2, 1984, n° 826.

déplacement de l'objet soustrait »³⁶⁰. Ainsi, en ce qui concerne l'homicide intentionnel, le résultat matériel de l'acte réside dans les lésions causées à la victime. Concernant les infractions formelles et obstacles, lesquelles ne nécessitent pas d'atteinte effective à la valeur sociale protégée, elles seraient tout de même porteuses d'un résultat matériel qui est le comportement créateur du risque³⁶¹. Ainsi, la privation de soins et d'aliments consiste en une abstention qui modifie le monde extérieur³⁶², donc le résultat matériel peut provenir d'une action comme d'une abstention.

147. La définition retenue du résultat de l'infraction – Quatre notions se sont distinguées au cours de ces développements, à savoir le résultat redouté, le résultat légal, le résultat juridique et le résultat matériel. Le résultat redouté correspond à une crainte et à une phase antérieure à l'incrimination. Il ne sert pas à prouver la matérialité de l'infraction et ne sera pas donc pas étudié davantage. Témoin du seuil de consommation de l'infraction, le « résultat légal » est constitué lorsque le délinquant est parvenu au seuil exigé par le législateur afin de constituer une atteinte à la valeur sociale protégée. Le résultat juridique s'entendra, dans cette étude, d'une atteinte *effective* à une valeur sociale protégée³⁶³. Le résultat matériel correspondra quant à lui à la modification du monde extérieur, provenant d'une action ou d'une omission et entraînant une lésion *effective* ou *potentielle* au support de la valeur sociale protégée.

Dans les infractions matérielles, lors d'un homicide volontaire le résultat matériel (la lésion au corps) entraîne un résultat juridique (l'atteinte effective à la « valeur sociale vie »), le

³⁶⁰ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181. Dans le même sens, voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^{ème} édition, 1947 : « le résultat existerait dans toutes les infractions, étant conçu comme la modification du monde extérieur provoquée par l'action délictueuse » (l'auteur considère que l'infraction formelle n'est pas celle qui est indépendante du résultat mais du préjudice). Voir également A. PROTHAIS qui considère, concernant la fabrication de fausse monnaie sans émission ni mise en circulation, que ce « n'est autre que l'obtention d'un résultat déterminé », A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, *op. cit.*, p. 312. Voir également P. SPITERI, « L'infraction formelle », art. préc., spéc. p. 508.

³⁶¹ Néanmoins, PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON reconnaissent qu'il est parfois peu aisé de faire la distinction entre le « résultat matériel » au sens de modification du monde extérieur et le comportement illicite, voir PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181 ; PH. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*, n° 825.

³⁶² Article 227-15 du Code pénal.

³⁶³ En ce sens, voir PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 182. Pour une interprétation du résultat juridique rassemblant l'atteinte effective à la valeur sociale et la lésion matérielle au corps, voir V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 79 : le résultat juridique se définit selon l'auteur comme « le résultat d'une infraction qui consiste en un préjudice subi par une victime (qu'il soit matériel, moral ou corporel). Par exemple, le résultat des violences est un résultat juridique dans la mesure où l'atteinte à l'intégrité physique subie par la victime constitue un préjudice ».

tout déclenchant le résultat légal (la « mort d'autrui »), qui consomme l'infraction et qui n'est autre qu'un décalque du résultat juridique. Autrement dit, le résultat matériel constitue la lésion causée au *support* de la valeur sociale et le résultat juridique est la lésion causée à la *valeur sociale* que ce support véhicule. Le résultat juridique consomme donc l'infraction car il correspond au résultat décrit par le texte (la mort d'autrui). Résultat légal et résultat juridique se confondent alors. Dans les infractions formelles, qui sont dénuées de résultat juridique, le résultat légal se confond avec le résultat matériel. Lors d'un empoisonnement, l'absorption du poison (résultat matériel) entraîne le résultat légal, qui n'est autre que cette absorption (l'administration d'une substance mortifère exigée par l'article 221-5 du Code pénal). De même, la tentative d'homicide volontaire peut se traduire par une infraction manquée. Si l'auteur tire sur sa victime mais la manque, ce comportement, qui modifie le monde extérieur et qui constitue le résultat matériel, consomme l'infraction de tentative.

En conséquence, la pertinence de conserver la notion de résultat légal interroge, puisque le seuil de consommation de l'infraction se situe soit à la survenance du résultat matériel, soit à la survenance du résultat juridique³⁶⁴. En revanche, résultat matériel et résultat juridique sont à distinguer. Il sera ultérieurement démontré qu'outre une différence de nature, ces deux notions comportent une différence de contenu, dont découleront des conséquences pratiques³⁶⁵. De plus, l'atteinte portée au support de l'infraction (résultat matériel) se différencie nécessairement de l'atteinte à la valeur qui émane de cet objet (résultat juridique), surtout lorsque l'objet de l'infraction est une entité biologique comme le corps humain, porteuse de séquelles évolutives. Seuls le résultat matériel et le résultat juridique seront donc retenus, le premier s'entendra de la

³⁶⁴ En ce sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, qui souligne que « le “résultat légal” correspondrait [lui] à un instrument de technique juridique, permettant de localiser la consommation du délit, tout en se confondant par ailleurs avec le “résultat juridique” », J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 105. *Contra*, voir V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 453 : selon l'auteur, une telle référence à la valeur sociale protégée « ne peut être utilisé[e] pour fixer le seuil de consommation de l'infraction compte tenu de son incertitude. La référence à une atteinte effective à la valeur sociale protégée n'est donc pas opérationnelle ». Néanmoins, la réalisation de l'atteinte correspondra dans cette étude au moment où les conditions de l'incrimination sont remplies, ce qui fait reposer le seuil de consommation de l'infraction sur la valeur sociale portée par le Code pénal et traduite par la lettre du texte d'incrimination. Cela n'exclut donc pas certains débats comme le fait de savoir si l'infraction d'escroquerie porte atteinte à la personne ou à la propriété mais constitue, s'agissant de l'utilisation du seuil de consommation comme instrument de technique juridique, un point de référence,

³⁶⁵ Illustrées notamment lorsque le résultat matériel et le résultat juridique diffèrent dans le temps. Voir *infra* n° 150.

lésion causée support de la valeur sociale, tandis que le second illustrera les conséquences de ce dommage³⁶⁶.

148. L'atteinte effective ou potentielle au corps humain – La consommation de l'infraction nécessite parfois une lésion effective à son support, elle-même correspondant à l'atteinte à la valeur sociale protégée par le texte. Le support peut ainsi souffrir d'une *altération* concrète, visible (telle l'atteinte à l'intégrité corporelle lors des violences), ou, plus largement, faire l'objet d'une *utilisation* ou d'une *appréhension* (telle la soustraction d'un bien lors d'un vol)³⁶⁷. Créatrice de la matérialité de l'infraction elle en est le fondement premier. Cette lésion constitue ainsi une donnée constante dans les infractions matérielles et, plus largement, dans toutes les infractions nécessitant un résultat matériel effectif pour être consommées. En révélant au monde extérieur cette lésion effective, la lésion corporelle expose le résultat matériel de l'infraction et, on le verra, le résultat juridique. Toutefois, il a été précédemment établi que ce résultat pouvait consister en une lésion potentielle, caractéristique de la plupart des infractions formelles et des infractions obstacles, comme le délit de risques causés à autrui. Il convient alors de s'interroger sur le contenu du résultat dans cette hypothèse mais également sur l'utilité, par définition réduite, du support de l'infraction.

Réprimant une atteinte potentielle à la valeur sociale protégée, les infractions formelles sont parfois qualifiées d'infractions de moyens ou d'« infractions de comportement »³⁶⁸. Leur

³⁶⁶ Le dommage ne sera donc pas entendu comme une lésion à un droit. Cette distinction entre le dommage et ses conséquences s'apparente à celle, débattue, entre le dommage et le préjudice en droit pénal. Dommage et préjudice sont parfois assimilés, au sens où ils constituent tous deux le résultat d'une infraction matérielle, voir par exemple J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 211 s. Ces deux notions se distinguent néanmoins car le dommage se définit comme « la lésion subie, qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le préjudice, qui est la conséquence du dommage, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage », voir PH. LE TOURNEAU, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2014, p. 527, cité par R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561 s., spéc. p. 561. Toutefois, le droit pénal semble indifférent au préjudice, en témoigne l'incrimination de la tentative et des infractions formelles ou obstacles, dont la répression ne nécessite aucun résultat et donc aucun préjudice. Sont également consommées indépendamment de tout préjudice les violences légères, incriminées en l'absence de toute incapacité totale de travail qui découle de la lésion, voir par exemple V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », *art. préc.*, p. 443 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 260 s. ; du même auteur, « La résistance du droit pénal au préjudice », in « *Les droits et le droit* », *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807 s. ; R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 564 s. ; P. SPITERI, « L'infraction formelle », *art. préc.* p. 498 s. : « le préjudice est surtout pris en compte en procédure pénale, lorsqu'il est une des conditions d'exercice de l'action civile, et non en droit pénal ».

³⁶⁷ Un raisonnement analogue s'applique lorsque le support de l'infraction est incorporel. L'abus de biens sociaux peut par exemple être constitué par un détournement d'argent, qui n'est autre que l'appréhension d'un bien incorporel, voir les articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce. Le terme de lésion sera entendu *lato sensu*, c'est-à-dire comme une atteinte à l'intégrité du support mais aussi comme son utilisation ou son appréhension.

³⁶⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 239 s.

consommation est indépendante d'une lésion effective causée au support de la valeur sociale et, par extension, d'une lésion effective à cette valeur. Ainsi, dans le cadre du délit de risques causés à autrui, le risque constitue selon certains auteurs le résultat³⁶⁹ et ces infractions « se consomment dès la création d'un risque sans que la réalisation d'un dommage ne soit exigée »³⁷⁰. Le résultat matériel ne comprend aucune lésion et la preuve de la consommation de l'infraction reposera essentiellement sur le comportement³⁷¹. Par définition, en l'absence de lésion concrète le résultat ne peut être révélé par le corps humain et vide ce dernier de son utilité dans la preuve de la matérialité constitutive. Il faut néanmoins se garder d'appliquer cette analyse à toutes les infractions formelles car la consommation de certaines d'entre elles, comme l'empoisonnement nécessite une modification effective du monde extérieur. L'infraction est en effet réalisée au moyen d'une lésion concrète portée au corps humain (l'absorption du poison), démontrant ainsi l'effectivité du résultat matériel malgré le caractère formel de l'infraction³⁷² et, de ce fait, la nécessaire exploitation du corps.

Enfin, il en va de même concernant les infractions obstacles³⁷³ et la tentative constituée par une infraction manquée. La référence au dommage est très lointaine car l'infraction obstacle n'est pas de nature à créer ce dommage³⁷⁴, comme dans l'hypothèse de l'excès de vitesse

³⁶⁹ Voir J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, p. 849 s. ; R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », art. préc., spéc. p. 571 : « si cette infraction [formelle] est consommée indépendamment d'une atteinte effective à la valeur sociale protégée, ce n'est pas à dire pour autant qu'elle soit punie en l'absence de tout résultat ».

³⁷⁰ V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 455. L'auteur ajoute qu'« il y a peut-être quelque artifice à considérer que cette situation puisse constituer un résultat alors qu'elle n'affecte pas la situation d'une victime déterminée », tout en reconnaissant néanmoins que ce raisonnement est indispensable ne serait-ce que pour déterminer le moment de consommation de l'infraction.

³⁷¹ Il sera par ailleurs constaté que, lorsqu'il ne subit aucun dommage effectif, le support de l'infraction voit également son utilité réduite lorsqu'il s'agit d'identifier l'élément moral de l'infraction, voir *infra* n° 168 s.

³⁷² En ce sens, voir V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 66 s. : « le texte n'exige ainsi aucunement que la victime ait subi un préjudice du fait de cette administration pour que l'empoisonnement soit constitué. Cela signifie que le résultat de ce crime n'est pas un résultat juridique en ce qu'il n'est pas constitué par un préjudice subi par la victime. Le résultat du crime d'empoisonnement qui va déterminer le moment de consommation de l'infraction est donc l'absorption du poison par la victime, peu important les conséquences de cette absorption. Ce résultat est par conséquent la conséquence matérielle immédiate de l'acte accompli, ce que l'on appelle un résultat matériel, caractéristique des infractions formelles » (l'auteur prend en compte le résultat juridique au sens effectif).

³⁷³ Sur la différence entre les infractions formelles et les infractions obstacles, voir V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 456 s. : selon l'auteur ces deux infractions ne se distinguent pas par leur résultat, « qui reste identiquement défini comme la conséquence matérielle immédiate de l'acte » mais par leurs actes. « Dans l'infraction formelle, en effet, l'acte est en tout point identique à celui qui peut produire un dommage et donc réaliser une infraction matérielle [...]. À l'opposé, l'acte du délit obstacle n'est pas de nature, en lui-même et sans la survenance d'une autre circonstance, à créer un dommage ».

³⁷⁴ V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 456 s. Dans le même sens, voir Y. MAYAUD qui explique que « non seulement elle [l'infraction obstacle] est indifférente à la réalisation d'un tel résultat, mais encore ce dernier n'est pas identifiable de manière stricte », Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, spéc. p. 241. L'auteur fait référence au résultat redouté.

réprimé indépendamment d'une atteinte à la personne. De la même manière, le résultat matériel ne présente pas toujours un caractère effectif dans la tentative, lorsque l'infraction n'a pu être consommée en raison, justement, de l'absence de lésion au corps humain. Le corps ne peut être exploité pour prouver la matérialité de l'infraction sinon par défaut, pour démontrer qu'il n'a pas été lésé. Le contenu du résultat matériel est alors variable et il convient de distinguer la lésion en elle-même des conséquences qu'elle emporte.

2) *La dissociation du résultat matériel et du résultat juridique de l'infraction*

149. Le contenu du résultat juridique – Si la référence à la lésion effective ou potentielle est constante dans les textes d'incrimination, tel n'est pas le cas de ses conséquences. Certaines incriminations s'y réfèrent expressément³⁷⁵, comme les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à trois mois³⁷⁶ ou les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente³⁷⁷. Dans ces exemples, résultats matériel et juridique se distinguent en ce que les coups portés *constituent la lésion*, soit le résultat matériel, tandis que l'incapacité totale de travail ou l'infirmité qui en résulte *découlent de la lésion* et constituent le résultat juridique, qui permet au juriste de qualifier l'infraction. La distinction, par exemple, entre les violences volontaires et les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner apparaît au travers des conséquences mortelles des coups. L'acte dommageable est objectif car le même coup porté à deux individus sur la même partie de leur corps entraîne une lésion identique. En revanche les effets sont variables, le premier individu pouvant subir une interruption totale de travail de deux semaines tandis que l'autre succombera à ses blessures, car leurs organismes biologiques ne répondent pas de la même manière à la lésion. Les conséquences de la lésion corporelle sont donc subjectives³⁷⁸ et permettent de déterminer la

³⁷⁵ Y. MAYAUD qualifie certaines infractions d'« intrinsèquement préjudiciables », autrement dit des infractions pour lesquelles le préjudice est indissociable de l'infraction « parce qu'elles ne peuvent être réalisées sans l'avoir pour conséquence », telles les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », art. préc., spéc. p. 810.

³⁷⁶ Article 222-19 du Code pénal (nous soulignons).

³⁷⁷ Article 222-9 du Code pénal (nous soulignons).

³⁷⁸ En revanche, un raisonnement différent s'impose par exemple concernant l'élément matériel du délit d'administration de substances nuisibles. Celui-ci suppose d'une part un acte d'administration de la substance dans le corps de la victime et, d'autre part, une atteinte à l'intégrité corporelle de la victime. Or comme l'explique V. MALABAT, « cela implique que le caractère nuisible des substances doit être apprécié *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport à leur effet sur un individu moyen, et non pas *in concreto*, c'est-à-dire par rapport à leur effet sur la victime concrète de l'acte », V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 62.

valeur sociale atteinte, soit l'intégrité physique dans le premier cas et la vie³⁷⁹ dans le second. Les lésions corporelles conditionnent le résultat juridique dans la mesure où elles permettent de déterminer une atteinte effective ou potentielle à une valeur sociale protégée, ainsi que la gravité de cette atteinte. Ce résultat comporte une fonction qualifiante en ce sens qu'il représente l'importance de l'atteinte, élément subjectif³⁸⁰. Résultats matériel et juridique sont alors interdépendants et peuvent survenir simultanément comme de façon dissociée.

150. Fusion et dissociation des lésions corporelles et de leurs conséquences – Si la distinction entre le résultat matériel et juridique apparaît nettement lorsqu'ils ne surviennent pas au même moment, elle peut se révéler très ténue lorsque ces deux éléments se réalisent en un trait de temps. Lors d'un homicide volontaire commis à l'aide d'une arme à feu, si la victime décède instantanément le résultat juridique survient au moment même où la balle pénètre dans le corps. Le résultat matériel et le résultat juridique sont alors fusionnés. De ce fait, soit les lésions corporelles se confondent avec leurs conséquences car tout se réalise en un trait de temps, soit ces deux éléments sont dissociés. Ce dernier cas se présente soit lorsque le texte exige un résultat juridique spécifique comme une incapacité totale de travail, soit lorsque, malgré le fait que le texte ne comporte aucune exigence, ces deux éléments ne surviennent pas au même moment. En effet, leur réunion peut se voir retardée car les conséquences définitives des lésions³⁸¹ tardent à apparaître, reculant ainsi l'identification du résultat juridique. Dans cette dernière hypothèse, il existe une succession, dans le temps, de qualifications possibles (par exemple celle de violences volontaires ayant entraîné une interruption totale de travail inférieure ou égale à huit jours qui se transformera en violences ayant entraîné une interruption totale de travail de plus de huit jours). Concentré en une définition binaire, le résultat exprime ainsi ses composantes essentielles, lesquelles permettent de dégager sa fonction, plurielle, dans l'infraction.

³⁷⁹ Les violences mortelles restent classées, au sein du Code pénal, dans les atteintes à l'intégrité physique.

³⁸⁰ Néanmoins, comme le souligne V. MALABAT, le résultat est un « élément qualifiant variable », la référence à la gravité du résultat s'appliquant essentiellement aux infractions contre les personnes, « ces infractions pour lesquelles le législateur a souvent opté pour la technique des infractions de résultat, ces infractions dont la qualification exacte est fonction de la gravité de leur résultat ». Tel n'est pas le cas des infractions contre les biens, à l'exception des destructions, dégradations, détériorations, « dont les conditions de répression se distinguent notamment selon que le dommage provoqué est léger ou non léger. Ce traitement spécifique se conçoit assez bien si l'on observe que ces infractions sanctionnent moins une atteinte aux droits – réels – sur ces biens qu'une atteinte à l'intégrité même du bien », V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 448 s.

³⁸¹ Soit le moment où les effets des lésions, déterminés par l'expertise médicale, sont concrétisés.

151. Le résultat matériel, condition préparatoire au résultat juridique - Il en résulte que pour les infractions consommées par un résultat juridique, les résultats matériel et juridique sont complémentaires dans le processus de constitution de l'infraction. Intervenant en amont, le résultat matériel ne réunit pas les éléments constitutifs et ne peut pas symboliser la consommation de l'infraction. Il constitue en revanche un préalable au résultat juridique qui, lui, suppose obligatoirement une lésion au substrat matériel de la valeur sociale protégée pour atteindre celle-ci. Dans l'exemple précité de l'homicide volontaire, la lésion corporelle constitue en réalité un préalable à la constitution de l'infraction. L'impact de la balle n'est pas constitutif de l'infraction mais il est néanmoins une condition indispensable à l'atteinte à la « valeur sociale vie ». Le processus de constitution de l'infraction est alors engendré par le résultat matériel, condition préparatoire au résultat juridique, ce dernier achevant de consommer l'infraction. Ces deux éléments occupent donc deux fonctions différentes et font tous deux partie de ce qui peut être qualifié de matérialité de l'infraction. L'importance des effets de la lésion conditionne la gravité du résultat juridique³⁸² et confère à celui-ci, outre une fonction constitutive, une fonction qualifiante. Concernant les infractions dénuées de résultat juridique comme les infractions formelles, le résultat matériel suffira à établir la matérialité de l'infraction et sa consommation. Le corps humain étant la cible première du comportement délictueux, il peut être utilisé comme un référent dans la recherche de la matérialité constitutive de l'infraction.

B. La référence au corps dans la détermination de l'élément matériel de l'infraction

152. L'instrumentalisation des lésions corporelles – Certaines infractions voient leur consommation subordonnée à la survenance d'un résultat juridique, lui-même engendré par le résultat matériel. Stigmates de l'infraction, les lésions corporelles peuvent connaître des issues variables et l'infraction sera ainsi constituée et qualifiée au vu des conséquences effectives de l'acte délictueux. Certaines infractions portant atteinte à l'intégrité physique comme les violences sont déclinées en différents degrés, faisant ainsi varier, on le verra, le seuil de leur consommation et par conséquent la qualification. À l'inverse, conformément à son caractère concret le corps humain voit son utilité parfois réduite. Les lésions corporelles ne sont parfois

³⁸² La gravité du résultat juridique étant aussi conditionnée, on le verra, par la gravité du dommage.

pas nécessaires à la constitution de l'infraction, notamment lorsqu'elle repose sur une lésion potentielle. Le corps humain est alors utilisé de façon négative en ce sens que seule une lésion potentielle est exigée au titre de la matérialité constitutive.

153. Annonce de plan – Par conséquent, la nature du corps humain fait de celui-ci un outil dont l'utilité est double. La lésion corporelle peut témoigner de la survenance d'un résultat matériel concret (1) mais également abstrait (2), l'ensemble permettant la constitution de ces deux catégories d'infractions.

1) *La lésion corporelle, témoin du résultat matériel concret*

154. L'altération du corps humain – Le résultat juridique qui découle d'un acte de violence peut être de différents ordres, allant du simple coup jusqu'à l'ablation totale d'un membre ou d'un organe. Par exemple, les conséquences engendrées par des violences n'ayant entraîné aucune interruption totale de travail sont moindres. En revanche, « les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente », réprimées par l'article 222-8 du Code pénal, supposent que le corps soit amputé d'une partie de lui-même ou que ses fonctionnalités soient définitivement altérées. La matérialité de l'infraction dépend ici d'une lésion précise qu'est l'ablation. Il est vrai que le texte d'incrimination sanctionne « les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente »³⁸³, ce qui laisse à penser que la mutilation et l'infirmité découlent d'un acte violent et constituent non pas la lésion mais ses répercussions. S'il est vrai que l'infirmité est une conséquence de la lésion³⁸⁴, la mutilation, elle, constitue cette lésion. La mutilation peut consister en l'arrachement du pavillon d'une oreille³⁸⁵, l'ablation de la rate³⁸⁶ ou encore l'ablation du clitoris³⁸⁷. Ces trois résultats ne sont pas une conséquence du dommage comme peut l'être une interruption totale de travail mais le dommage lui-même. Plus encore, le corps humain sert également à la matérialité constitutive des infractions formelles dès lors que, tel l'empoisonnement qui nécessite une absorption, l'exigence d'un résultat matériel effectif apparaît.

³⁸³ Nous soulignons.

³⁸⁴ L'infirmité relève alors du résultat juridique, voir *infra* n° 154.

³⁸⁵ Cass. crim. 8 mars 1912, *Bull. crim.* n° 138.

³⁸⁶ Cass. crim. 18 décembre 1962, *Bull. crim.* n° 375 ; *D.* 1963, jurispr. p. 189 ; *Gaz. Pal.* 1963, jurispr. p. 267.

³⁸⁷ Cass. crim. 20 août 1983, n° 83-926.16.

Le résultat juridique est soit inhérent à la lésion (l'ablation d'un bras entraîne inévitablement une infirmité, fait objectif), soit dissocié de cette lésion (l'arrachement du pavillon d'une oreille peut entraîner chez certains individus une surdité, fait subjectif découlant de la mutilation)³⁸⁸. De manière identique, si le coup de feu tiré n'entraîne la mort de la victime que quelques heures après, résultat matériel et résultat juridique ne sont pas fusionnés. Pourtant, la qualification de l'infraction sera identique à un coup de feu ayant entraîné une mort instantanée. Dès lors, la confusion entre résultats matériel et juridique importe peu, le corps humain révèle la consommation de l'infraction tout comme sa qualification. Par ailleurs, cette altération du corps ne concerne pas uniquement l'enveloppe corporelle mais se traduit aussi à travers l'utilisation de ses éléments et produits.

155. L'utilisation des éléments et produits du corps – Parmi les infractions affectant le corps dans son intégrité, celles qui relèvent du domaine de l'éthique constituent également un exemple. D'une part elles nécessitent l'utilisation des éléments et produits du corps pour leur réalisation et, d'autre part, leur réalisation est parfois subordonnée à une atteinte à l'intégrité de ce corps. L'article 214-2 du Code pénal réprime par exemple le clonage reproductif³⁸⁹, soit la « production asexuée, à partir d'une cellule ou d'un organisme, d'entités biologiques génétiquement identiques à cette cellule ou à cet organisme »³⁹⁰. Ainsi l'utilisation de cellules, gamètes et autres éléments et produits du corps humain est indispensable à la matérialité de cette infraction. Au surplus, le résultat redouté est la création de toutes pièces d'un corps humain, ou du moins d'une partie du corps qui a vocation à devenir un corps entier. Dans la même veine, l'article 511-1 du Code pénal punit « le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée ». Le résultat, matériel et juridique, de cette infraction présentée comme « un délit de clientélisme »³⁹¹ est précisément le prélèvement sur le corps humain de certains de ses éléments et produits. Au sein des infractions à l'éthique biomédicale, sont également réprimés le prélèvement d'organes sans le consentement de l'intéressé ou sans

³⁸⁸ En ce sens, voir Cass. crim. 18 décembre 1962, arrêt préc. (ablation de la rate) : « la suppression de cet organe étant en outre de nature à entraîner pour la victime une infirmité permanente » (nous soulignons).

³⁸⁹ Article 214-2 du Code pénal : « 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 euros d'amende ».

³⁹⁰ D. VIRRIOT-BARRIAL, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Dignité de la personne humaine, janvier 2016, n° 89.

³⁹¹ *Ibid.*, n° 92.

avoir respecté les conditions légales³⁹², ainsi que l'obtention de la part d'une personne d'un organe, de tissus, cellules ou produits de son corps contre un paiement³⁹³.

Ces éléments et produits du corps humain entrent dans la matérialité de l'infraction car ils sont précisément l'objet de la transaction ou du prélèvement illégal la consommant. Plus encore, l'infraction suppose de prélever l'organe sur un corps, support matériel permettant la réalisation de l'acte délictueux et, en conséquence, du résultat. Loin d'être exhaustifs, ces exemples trouvent un écho dans diverses infractions comme le prélèvement à des fins scientifiques sur une personne décédée sans avoir respecté les conditions légales (article 511-5-1 du Code pénal), ou encore le fait de conserver et transformer à des fins scientifiques des éléments et produits du corps (article 511-5-2 du Code pénal). De plus, la logique qui sous-tend ces infractions se retrouve lorsque la lésion est analysée au sens large du terme, soit l'utilisation du corps dans sa globalité, autre témoignage du résultat de l'infraction.

156. L'utilisation du corps dans son intégralité – Certaines infractions ne requièrent pas un impact corporel mais celui-ci reste néanmoins au cœur des éléments constitutifs en ce que le corps est appréhendé en tout ou partie. La prostitution consiste par exemple « à se prêter à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »³⁹⁴. Une agression sexuelle peut être constituée dès lors qu'il existe un contact physique entre l'auteur et la victime³⁹⁵, dont le corps devient un terrain de preuve, agression à laquelle il faut ajouter le défaut de consentement³⁹⁶. Par ailleurs, il est intéressant de souligner au sujet de la notion d'atteinte sexuelle, que la Cour de cassation a récemment précisé que ce délit nécessite pour être constitué l'existence d'un contact corporel entre l'auteur et la victime³⁹⁷. Cela ne signifie pas que le contact est l'unique condition de la constitution du délit

³⁹² Article 511-3 du Code pénal.

³⁹³ Articles 511-2 et 511-4 du Code pénal.

³⁹⁴ Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016. Le comportement s'étend à tous les actes visant à satisfaire les besoins sexuels d'autrui, voir A. MAZON, « C'est la prostituée qui fait le proxénète », *Droit pénal*, février 1990, chron. n° 1.

³⁹⁵ Pour une définition du résultat de l'infraction d'agression sexuelle, voir V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2017, n° 18 s.

³⁹⁶ La qualification de cette infraction soulève des difficultés. L'article 222-22 du Code pénal dispose que « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». La jurisprudence se montre très exigeante lorsqu'il s'agit de prouver le défaut de consentement, voir par exemple Y. MAYAUD, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 9 s. Or le consentement relève davantage de la psychologie de la victime donc l'utilité de l'atteinte corporelle sera relative, sauf en qui concerne la violence.

³⁹⁷ Cass. crim. 7 septembre 2016, n° 15-83.287 ; V. MALABAT, « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », *AJ pénal* 2016, p. 529 s.

mais que le corps peut constituer un sérieux indice³⁹⁸ dans la recherche de l'élément matériel, ce qui est amplement confirmé par l'infraction de viol.

Le résultat matériel de cette infraction consiste en une pénétration de quelque nature qu'il soit dans le corps d'autrui³⁹⁹. Support de l'infraction, le corps subit l'atteinte et la révèle, notamment au vu des lésions causées par l'acte. L'infraction est consommée par la pénétration, « par le sexe de l'auteur ou dans le sexe de la victime » ou « par un objet quelconque »⁴⁰⁰. À ce titre, des difficultés ont surgi s'agissant de la pénétration par un objet dans un organe non sexuel comme l'anus ou la bouche. La jurisprudence s'est montrée favorable à une interprétation large de l'incrimination⁴⁰¹ puis a considéré que le fait d'introduire un bâton dans l'anus d'un jeune garçon ne constituait pas un viol⁴⁰². L'interprétation stricte des termes de « pénétration sexuelle » conduit à exclure une pénétration qui ne serait effectuée ni par le sexe de l'auteur, ni dans un organe sexuel. La Haute juridiction a ensuite étendu timidement son interprétation en considérant que le fait de sodomiser la victime avec un manche de pioche recouvert d'un préservatif crée un contexte sexuel entraînant la qualification de viol⁴⁰³. La jurisprudence est ensuite revenue sur son ancienne position en considérant que « pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur et non par un objet le représentant »⁴⁰⁴. Les termes employés par Y. MAYAUD à propos de cette solution sont forts révélateurs puisqu'il considère que « le viol ne pouvait être caractérisé, faute d'en recouper la réalité charnelle »⁴⁰⁵. Le corps n'est pas seulement le révélateur ou le moyen de commettre la pénétration, il est aussi la traduction de la valeur sociale atteinte. À ce titre, la solution de la jurisprudence est contestable. La dimension sexuelle constitue l'un des éléments qui

³⁹⁸ V. MALABAT, « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », art. préc.

³⁹⁹ Article 222-23 du Code pénal : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par contrainte, violence, menace ou surprise constitue un viol ».

⁴⁰⁰ A. DARSONVILLE, *Rép. Pénal Dalloz*, v° Viol, février 2017, n° 12.

⁴⁰¹ Voir par exemple Cass. crim. 24 juin 1987, n° 86-96.712 ; RSC 1988, p. 302, obs. G. LEVASSEUR.

⁴⁰² Cass. crim. 9 décembre 1993, n° 93-81.044 ; E. MALBRANCQ, « La pénétration d'un bâton dans l'anus d'un jeune garçon est-elle constitutive du crime de viol ? », *D.* 1995, somm. p. 138.

⁴⁰³ Cass. crim. 6 décembre 1995, n° 95-84.881 ; Y. MAYAUD, « Du caractère sexuel du viol : vers un critère finaliste ? », *RSC* 1996, p. 374 s. Dans le même sens, voir Cass. crim. 27 avril 1994, n° 94-80.547.

⁴⁰⁴ Cass. crim. 21 février 2007, n° 06-89.543 (introduction sous contrainte dans la bouche d'un objet de forme phallique recouvert d'un préservatif et obligation de faire des mouvements de va-et-vient) ; Y. MAYAUD, « Retour sur la définition du viol », *RSC* 2007, p. 301 s. Pour davantage de développements sur cette évolution jurisprudentielle, voir A. DARSONVILLE, *Rép. Pénal Dalloz*, v° Viol, février 2017, n° 12 s. ; du même auteur, « Réformer l'incrimination de viol ? », *D.* 2017, p. 640 : l'auteur propose « une définition renouvelée de l'acte de pénétration sexuelle », qui pourrait consister en un « acte de pénétration sexuelle par un sexe et/ou dans un sexe ». De surcroît, l'auteur suggère de supprimer de l'article 222-23 la mention « sur la personne d'autrui » ce qui aurait le mérite d'octroyer une protection plus importante au corps de la victime.

⁴⁰⁵ Y. MAYAUD, « Retour sur la définition du viol », art. préc., p. 301 s.

différencient le viol des violences. Une atteinte quelconque à l'intégrité physique commise avec contrainte, menace ou surprise n'est en rien un viol dès lors que le contexte sexuel (qui peut être représenté par exemple par le sexe de l'auteur) est absent.

Puisque le résultat est mis en lumière grâce aux lésions corporelles effectives, c'est en toute logique que le corps n'a qu'un rôle secondaire dans la constitution des infractions dont la matérialité est indifférente à la lésion corporelle.

2) *Le corps, témoin du résultat matériel abstrait*

157. Le risque, constitutif du résultat matériel – Les lésions corporelles étant concrètes, elles ne sauraient révéler la matérialité constitutive de l'infraction lorsque le résultat matériel exigé n'inclut pas de dommage. Nombreux sont les exemples pouvant illustrer ces propos, aussi seuls certains d'entre eux seront repris à titre d'illustration. Si la mise en danger délibérée d'autrui n'est pas suivie d'un dommage, l'article 223-1 du Code pénal qui réprime « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement » trouve à s'appliquer. La violation d'une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement crée un dommage potentiel, aboutissant à la constitution de l'infraction. Autrement dit, l'infraction est matériellement constituée par un risque⁴⁰⁶ donc par une absence de lésions corporelles concrètes.

L'article 223-6 du Code pénal sanctionne « quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne [et qui] s'abstient volontairement de le faire », ainsi que « quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». L'abstention volontaire est sanctionnée sur le fondement d'un résultat matériel abstrait. Aucune atteinte corporelle n'entre dans les éléments constitutifs de l'infraction car, tout comme l'infraction de risques causés à autrui, le risque est constitutif de la faute. Cette

⁴⁰⁶ En ce sens, voir J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », art. préc.

indifférence au corps repose sur l'exigence d'un résultat matériel et juridique potentiel dans la matérialité constitutive. C'est d'ailleurs pour des raisons identiques que l'utilité du corps est particulièrement réduite en matière de tentative lorsque celle-ci prend la forme d'une infraction manquée.

158. L'indifférence au corps dans l'infraction manquée – La tentative est parfois punissable sur le fondement même de l'absence de lésion corporelle. De manière générale, le raisonnement est transposable dès lors qu'une infraction nécessitant un résultat matériel positif pour être constituée est qualifiée d'infraction manquée, du fait que le corps n'a pu être atteint. Cela s'applique également aux infractions formelles, la tentative d'empoisonnement pouvant par exemple être constituée si le commencement d'exécution résulte « de ce que le poison aurait été jeté dans les aliments qui devaient servir à la personne qu'on voulait empoisonner »⁴⁰⁷. Les exemples d'infractions manquées sont nombreux et témoignent tous d'une utilisation du corps *a contrario*, en ce sens que c'est l'échec de la lésion corporelle qui constitue la tentative. Au surplus, la survenance d'un résultat matériel concret modifierait la qualification de l'infraction, qui serait dès lors consommée, sous réserve que le résultat juridique survienne au même moment que le résultat matériel.

Une situation de mise en danger d'autrui se soldant par la mort de la victime modifiera la qualification de risques causés à autrui à la faveur de celle d'homicide involontaire. La qualification se fera au profit de l'infraction ayant causé un résultat matériel et un résultat juridique. C'est alors l'absence de lésion corporelle qui est constitutive de l'infraction de mise en danger d'autrui car, dès lors que les lésions surviennent, la qualification de l'infraction se voit modifiée⁴⁰⁸.

Il ressort de ces développements que le corps humain fait montre, dans la recherche des éléments constitutifs, d'une utilité double. Il est instrumentalisé lorsque la lésion corporelle est nécessaire à la constitution de l'infraction mais également lorsque ce processus repose sur une atteinte potentielle au corps. Dans les infractions matérielles, les lésions corporelles

⁴⁰⁷ Cass. crim. 17 décembre 1874, *Bull. crim.* n° 309 ; S. 1875, I, p. 385, note VILLEY. Dans le même sens, voir Cass. crim. 5 février 1958, *Bull. crim.* n° 126 : « constitue une tentative d'empoisonnement le fait de jeter dans l'eau d'un puits approvisionnant la propriété d'un tiers un produit dont la présence dans l'eau de boisson est de nature à provoquer des phénomènes d'intoxication lente pouvant aboutir à la mort d'un être humain ».

⁴⁰⁸ Sur le non-cumul du délit de risques causés à autrui et les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique, voir Cass. crim. 11 septembre 2001, n° 00-85.473. Sur ce point, voir V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 136.

engendreront ainsi des conséquences qui consommeront l'infraction. Dans les infractions formelles, seul le résultat matériel sera constitutif de l'infraction car le résultat juridique n'est pas exigé.

En ce qu'il prouve l'existence des lésions causées au support de la valeur sociale, le résultat peut également révéler l'intention de l'auteur car le résultat voulu repose parfois sur une atteinte précise au support de la valeur sociale. Le corps se présente alors comme un indicateur de ce deuxième élément constitutif.

§ 2 - Le corps, indicateur de l'élément moral de l'infraction

159. La complémentarité entre le résultat et l'élément moral – À lui seul, le résultat ne peut être un élément qualifiant de l'infraction. À titre d'exemple, pour un même résultat de mort, la distinction entre l'homicide volontaire et l'homicide involontaire repose sur l'*animus necandi*. De la même manière, c'est la non-intention de tuer qui distingue l'homicide volontaire des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner⁴⁰⁹. Il conviendra, pour qualifier le comportement délictueux, de détecter si celui-ci reflète l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui ou plus spécifiquement à sa vie⁴¹⁰.

160. La polyvalence de l'élément moral – Indispensable à la constitution de l'infraction, l'élément moral consiste par principe en l'intention puisqu' « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »⁴¹¹. Complément de l'élément matériel, l'élément moral constitue « soit une volonté dirigée vers un résultat (l'intention), soit une volonté mal maîtrisée (une imprudence, une négligence, une mise en danger) »⁴¹². L'intention se distingue de la volonté⁴¹³ en ce sens qu'elle est tendue vers le résultat décrit par le texte. Elle se traduit par une « hostilité aux valeurs sociales » alors que la non-intention relève davantage d'une

⁴⁰⁹ Voir par exemple V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, *op. cit.*, p. 54.

⁴¹⁰ La Cour de cassation a ainsi jugé, concernant un coup de carabine mortel qui serait parti au cours d'une manipulation de l'arme, qu'un tel coup pouvait ne pas être intentionnel. Reprochant à la cour d'appel un défaut d'explication quant au caractère volontaire de l'homicide volontaire, la Cour de cassation privilégie l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique, voir Cass. crim. 2 octobre 1996, n° 95-85.992 ; Y. MAYAUD, « Principes de qualification en cas de violences mortelles », *RSC* 1997, p. 108 s.

⁴¹¹ Article 121-3 alinéa 1^{er} du Code pénal.

⁴¹² X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 148.

⁴¹³ L'intention se distingue ensuite du mobile, qui ne relève que du for intérieur de l'auteur et qui se révèle inopérant dans la justification de l'infraction.

« indifférence aux valeurs sociales »⁴¹⁴. Traductrices d'une volonté de commettre un acte mais non d'aboutir au résultat décrit par le texte d'incrimination, les fautes non intentionnelles dénotent une absence de « conscience du résultat »⁴¹⁵. Lorsque la loi le prévoit, la faute simple peut être retenue si le lien de causalité entre l'acte et le dommage est direct⁴¹⁶. Lorsque le lien de causalité est indirect, la responsabilité de l'auteur ne peut être retenue qu'en présence d'une faute qualifiée⁴¹⁷.

Entre l'intention et la non-intention se trouvent les fautes « de nature intermédiaire », soit des fautes dont l'auteur « avait ou aurait dû avoir conscience du résultat »⁴¹⁸. Par exemple, l'auteur peut avoir eu l'intention de parvenir à un résultat déterminé mais la valeur sociale atteinte à l'issue de l'infraction est différente de celle envisagée. Dans ce cas le dol est dépassé⁴¹⁹. Non intentionnelles ou intermédiaires, ces fautes témoignent de l'imprudence de l'auteur ou de sa volonté de commettre un acte, transgressant ainsi la loi, mais en aucun cas d'atteindre le résultat redouté par le législateur. La volonté progresse en intensité, se dirigeant peu à peu vers le résultat et caractérisant ainsi l'intention.

⁴¹⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 263 s. *Contra*, voir J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, op. cit.*, p. 452 s. : l'hostilité aux valeurs sociales relève selon l'auteur « davantage des mobiles que de l'intention » et l'indifférence aux valeurs sociales, « censée illustrer la culpabilité non intentionnelle, apparaît suffisante pour établir la faute intentionnelle propre à certains délits ». La faute intentionnelle serait donc définie comme « la volonté, c'est-à-dire la détermination à agir, le choix fait en connaissance de cause de commettre une action déterminée par la loi pénale, soit que l'auteur connaisse l'illicéité de son comportement, soit qu'il soit socialement inadmissible qu'il l'ait ignorée ». Voir également A.-CH. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, p. 466 s., spéc. p. 469 : la faute intentionnelle est une « volonté dirigée contre une valeur sociale ». Selon cet auteur, la définition de la faute intentionnelle en termes de volonté d'accomplir l'infraction serait erronée car elle répond en réalité à la définition de l'imputabilité.

⁴¹⁵ X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 180 s., spéc. p. 170.

⁴¹⁶ Le lien de causalité direct, qui suppose d'établir l'existence d'une faute simple pour engager la responsabilité pénale de l'auteur, se distingue du lien de causalité indirect qui suppose l'existence d'une faute qualifiée (article 121-3 al. 3 et 4 du Code pénal). Article 121-3 al. 3 du Code pénal : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Il faut ajouter les textes spéciaux relatifs à l'homicide involontaire (articles 221-6 et 221-6-1 du Code pénal) et aux blessures involontaires (articles 222-19, 222-19-1, 222-20-1 et R. 625-2 du Code pénal).

⁴¹⁷ Celle-ci prend la forme d'une faute délibérée (violation manifestement délibérée d'une prescription légale ou réglementaire) ou caractérisée (exposition d'autrui à un risque de particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer), voir l'article 121-3 al. 4 du Code pénal.

⁴¹⁸ X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 173 s., spéc. p. 192. Voir également PH. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 224. Il est de jurisprudence constante que la seule violation de la loi en connaissance de cause témoigne de l'intention délictueuse, voir par exemple Cass. crim. 25 mai 1994, n° 93-85.158 et n° 93-85.205 ; B. BOULOC, « L'intention en matière délictuelle », *RSC* 1995, p. 97 s. (2nd arrêt).

⁴¹⁹ L'agent peut également violer « délibérément une norme de prudence, en ayant prévu les suites dommageables possibles et en se moquant ou en s'accommodant du résultat », X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, 2017, p. 194 s. L'auteur ajoute que « le dol éventuel n'est pas à confondre avec le dol indéterminé, où l'agent accepte de prendre des risques délictueux ».

L'élément moral connaît alors différents degrés⁴²⁰, allant de la simple imprudence jusqu'à la recherche déterminée d'un résultat précis. Élément constitutif de toute infraction, l'élément moral est de « consistance variable »⁴²¹, rendant l'objet de l'infraction d'autant plus utile dans l'appréciation de la détermination de l'auteur à atteindre le résultat redouté. En effet, si le résultat témoigne de l'atteinte à une valeur sociale encore faut-il établir, aux fins de qualifier l'infraction, si la lésion était intentionnelle, ce qui pose une difficulté lorsqu'il s'agit de situer ce comportement sur l'échelle de la volonté et de l'intention. Cette question mérite une réponse d'autant plus précise que la qualification de l'infraction, du point de vue de l'élément moral, repose sur la nature de la faute. Plus particulièrement, l'élément moral permettra de différencier deux infractions ayant le même résultat ce qui lui confère, outre une fonction constitutive, une fonction qualifiante. Dès lors, la recherche de l'élément moral semblerait plus aisée si elle pouvait s'appuyer dans une certaine mesure sur le résultat.

161. Le lien modéré entre l'élément moral et le corps humain – Lorsque le résultat matériel est effectif, les lésions corporelles témoignent de la survenance de l'infraction. Par conséquent, si l'intention s'entend de la volonté d'atteindre un résultat celui-ci sera utile à la recherche de l'élément moral. Complétées par d'autres éléments de fait comme le comportement, les séquelles portées par l'objet de l'infraction peuvent traduire la détermination de l'auteur à atteindre le résultat redouté, voire témoigner d'un résultat dépassé. En revanche, si l'auteur n'a pas eu l'intention d'atteindre le résultat redouté la référence au corps humain perdra de son intérêt, au profit de l'étude du comportement. De même, certaines infractions nécessitant une absence de résultat matériel concret pour être constituées, le comportement sera un point d'appui important. Il faudra alors analyser les agissements de l'auteur, composante plus instable car la preuve peut fluctuer au gré des ambiguïtés du comportement humain. En conséquence, le corps humain ne sera réellement exploité que dans le cadre des infractions intentionnelles ou, à tout le moins, concernant les infractions exigeant un résultat matériel concret pour être consommées.

162. Annonce de plan – La lésion corporelle permet d'émettre des suppositions plus ou moins affirmées concernant l'élément moral. À la différence du résultat, celui-ci repose sur une

⁴²⁰ La culpabilité « provient du for intérieur, d'où l'importance de savoir déceler les différentes formes d'extériorisation de la faute », X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 179.

⁴²¹ Terme emprunté à Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 152.

donnée abstraite, la psychologie de l'auteur⁴²². Le corps humain ne peut suffire à lui seul à rechercher la nature de la faute. Il en résulte que la preuve de l'élément moral est influencée par la lésion corporelle (A) mais celle-ci peut également occuper une fonction subsidiaire (B).

A. L'influence de la lésion corporelle dans la preuve de l'intention délictueuse

163. L'adhésion de l'intention au résultat – Le geste étant dirigé vers une finalité précise, il arrive que le résultat obtenu corresponde en tous points à l'intention de l'auteur. Néanmoins, Y. MAYAUD souligne que « pour caractériser l'intention, il n'est pas nécessaire d'avoir la certitude que le résultat effectivement atteint corresponde bien à la volonté de l'auteur de l'infraction. La volonté tient non pas à cette causalité psychologique complète, mais à un lien de rapprochement beaucoup plus simple. L'intention, c'est la volonté du résultat redouté dans son principe, ce résultat dépasserait-il en manifestation les prévisions ou la détermination de son auteur »⁴²³. Si l'intention est tendue vers le résultat qui est décrit par le texte et que le résultat est concrétisé par le corps humain, alors celui-ci devrait indiquer l'intention de l'auteur, peu important que le résultat la reflète ou qu'il la dépasse.

164. Annonce de plan – Le corps humain prend alors tout son intérêt dans le processus de révélation de l'élément moral car il subit des lésions visibles. Il fait ainsi émerger des preuves de l'intention délictueuse de l'auteur lorsque celle-ci est conforme au résultat (1) mais également lorsqu'elle est présumée conforme au résultat (2).

⁴²² Ainsi, sur la preuve de l'élément moral dans l'infraction d'homicide volontaire, voir par exemple V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 48 : « s'agissant d'un élément purement psychologique, la preuve en est difficile à rapporter. Ce sont généralement les circonstances matérielles de l'acte qui vont révéler cette intention ».

⁴²³ Y. MAYAUD, « L'intention dans la théorie du droit pénal », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, n° XII, PUAM, 1999, p. 60 s., spéc. p. 63. Au sein des fautes intentionnelles le dol général, soit la conscience de violer la loi pénale et qui se retrouve dans toutes les infractions, se distingue classiquement du dol spécial, caractérisé par l'intention d'atteindre le résultat constitutif d'une infraction déterminée. Voir par exemple PH. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 218. Le dol spécial se traduit par « l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale », c'est-à-dire l'intention de tuer s'agissant de l'homicide volontaire ou de blesser s'agissant des violences, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 437. *Contra* X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 182 s. : « ce dol spécial est nécessairement intégré dans le texte de qualification donc soit il est absorbé par le dol général, soit il absorbe le dol général : les deux notions se confondent donc ». Se distingue également le dol aggravé, ou préméditation, cause d'aggravation de la peine qui repose sur une prise en compte du mobile et qui influera dans la détermination de la sanction.

1) *L'intention conforme au résultat*

165. L'adéquation entre la lésion corporelle et l'intention – Il a été établi que le résultat matériel peut être concrétisé par une lésion, elle-même engendrant des conséquences permettant d'identifier le résultat juridique atteint. Par exemple, la Cour de cassation a pu considérer que le fait de frapper la victime avec une arme dangereuse sur une partie du corps particulièrement exposée révélait l'intention de donner la mort. Selon les faits ayant abouti à l'arrêt du 13 novembre 1990⁴²⁴, au cours d'un différend M. X a donné des coups de pied et de coude dans la carrosserie de M. L. Celui-ci a riposté en tirant sur M. X qui est mort sur le coup. L'accusé argua qu'il voulait simplement effrayer sa victime mais l'intention coupable fut déduite notamment du fait que le coup de feu avait été tiré dans une partie vitale du corps. Il fut condamné pour homicide volontaire avec circonstance aggravante de préméditation. C'est dans la même veine que la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par M. S. contre la chambre des mises en accusation de Lyon, le renvoyant devant la cour d'assises pour des faits similaires⁴²⁵. En l'espèce M. S. était accusé d'homicide volontaire sur la personne de son frère, l'intention coupable étant révélée « en considération des positions respectives et relativement rapprochées des deux antagonistes, des caractéristiques de l'arme utilisée, de la dualité des coups de feu tirés et de la vulnérabilité de la région du corps de la victime vers laquelle le tir s'est trouvé dirigé »⁴²⁶.

L'adéquation entre l'intention et le résultat peut néanmoins être telle que la lésion corporelle laisse présumer de l'intention. Il est en effet des situations dans lesquelles l'objet de l'infraction est atteint mais le résultat est dit « dépassé » car il est allé au-delà des prévisions de l'auteur. Dans ce cas, à défaut d'être prouvée l'intention délictueuse sera « présumée conforme » au résultat juridique, celui-ci devenant alors la seule preuve de l'élément moral⁴²⁷.

⁴²⁴ Cass. crim. 13 novembre 1990 ; RSC 1991, p. 345 s., obs. G. LEVASSEUR. Dans le même sens, voir par exemple Cass. crim. 5 février 1957, *Bull. crim.* n° 110.

⁴²⁵ Cass. crim. 18 juin 1991, n° 91-82.033 ; M. VÉRON, *Droit pénal*, novembre 1991, comm. n° 277 ; RSC 1992, p. 73 s., obs. G. LEVASSEUR.

⁴²⁶ « La victime avait été atteinte d'une balle au niveau de la partie supérieure et antérieure de l'hémitorax droit, partie de l'individu particulièrement vulnérable, alors qu'il se trouvait debout face à Adrien X... au moment du tir ».

⁴²⁷ Y. MAYAUD utilise l'expression de « présomption de conformité de l'intention au résultat atteint », Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, spéc. p. 275, note n°3.

2) *L'intention présumée conforme au résultat*

166. La lésion corporelle, indice de conformité de l'intention au résultat – Au sein d'une même infraction, le résultat matériel peut relever de l'intention tandis que les conséquences des lésions ne sont pas maîtrisables. En matière de violences volontaires par exemple, la faute est constituée dès lors qu'il existe une lésion corporelle intentionnelle. Le résultat juridique (l'atteinte à la « valeur sociale intégrité physique ») est toujours atteint, seule son importance ne peut être déterminée avec précision et ne peut être de ce fait intentionnelle. Ceci explique que la jurisprudence exige uniquement et de façon constante, pour caractériser l'infraction de violences, un acte volontaire d'atteinte à l'intégrité physique⁴²⁸. En occasionnant le dommage l'auteur accepte en effet que plusieurs conséquences surgissent, comme une interruption totale de travail inférieure ou égale à huit jours, supérieure à huit jours ou encore la mort.

Dans ces hypothèses, le résultat matériel relève de l'*intention* alors que le résultat juridique relève de l'*imprudence*⁴²⁹. À titre d'exemple, dans un arrêt en date du 3 octobre 1991 la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui a condamné pour violences volontaires un individu qui, en brisant intentionnellement une vitre, a blessé la victime située à trois mètres de la scène qui a reçu un bout de verre dans l'œil⁴³⁰. L'auteur a donc été condamné car il aurait dû prévoir les conséquences préjudiciables de son comportement et l'intention se traduit ici par le caractère volontaire de l'acte⁴³¹. Imprévisible, le résultat juridique de cette infraction est ici impropre à caractériser l'intention puisque celle-ci suppose justement la recherche d'un résultat juridique identifié. L'intention peut également être prouvée par le fait

⁴²⁸ Voir par exemple Cass. crim. 3 janvier 1958, *Bull. crim.* n° 3 ; Cass. crim. 29 novembre 1972, n° 72-90.309 ; *RSC* 1973, p. 408 s., obs G. LEVASSEUR ; Cass. crim. 3 octobre 1991, n° 90-87.530 ; *Droit pénal*, mars 1992, comm. n° 57, obs. M. VERON ; *RSC* 1992, p. 748 s., obs. G. LEVASSEUR.

⁴²⁹ En ce sens voir par exemple R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », art. préc., spéc. p. 574 s.

⁴³⁰ Cass. crim. 3 octobre 1991, n° 90-84.747 ; *RSC* 1992, p. 749 s., obs. G. LEVASSEUR. Il est de jurisprudence constante que l'infraction de violences volontaires est constituée dès lors qu'« il existe un acte volontaire de violence [...] alors même que son auteur n'aurait pas voulu causer le dommage qui en est résulté » (le dommage s'entendant ici au sens du préjudice), voir par exemple Cass. crim. 29 novembre 1972, arrêt préc. ; Cass. crim. 15 mars 1977, n° 75-91.220 ; *JCP G*, 1979, II 19148, note B. BONJEAN.

⁴³¹ R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », art. préc., spéc. p. 575 : « La faute constitutive des violences volontaires ne consisterait donc pas en un dol général – volonté du préjudice – mais en un dol éventuel ». L'auteur se montre critique envers « l'extrême rigueur d'une telle solution qui revient à faire endosser à l'auteur la responsabilité des conséquences imprévisibles des coups portés », ainsi qu'envers l'atteinte portée au principe de légalité car « le recours à la théorie du dol éventuel a pour effet de transformer les violences volontaires en infractions d'imprudence au regard du préjudice, en l'absence de prévision expresse de la loi ».

d'avoir frappé tout le corps de la victime⁴³², ou peut résulter de la force avec laquelle le coup a été porté⁴³³. Dans ce dernier arrêt, l'auteur de l'homicide a porté des coups à la victime en pensant qu'ils pouvaient donner la mort mais sans vouloir obtenir ce résultat, ce qui amène M. VÉRON à souligner la sévérité de cette décision. La chambre criminelle a en effet considéré que la preuve de l'intention homicide était rapportée au vu de la violence avec laquelle le coup de couteau avait été porté et de la région du corps qui était visée. Comme le souligne l'auteur, « la preuve directe de cette intention apparaît presque impossible, la chambre criminelle la cherche dans les circonstances du meurtre, utilisant ainsi un système de présomptions de fait »⁴³⁴.

Un raisonnement analogue permet d'expliquer la nature intentionnelle des violences mortelles, incrimination représentant parfaitement, jusque dans sa rédaction, la discordance entre la nature de l'élément moral rattaché au dommage et celui rattaché aux conséquences qui en découlent. L'article 222-7 du Code pénal sanctionne « les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner »⁴³⁵. Recherchant le dommage corporel, l'auteur se trouve dépassé par l'intensité de l'atteinte à la « valeur sociale intégrité physique ». Il existe donc une « présomption de conformité » de l'intention au résultat atteint et l'« on comprend alors que, malgré l'absence de preuve quant à l'intention de donner la mort, sont des violences intentionnelles le fait de porter délibérément des coups sur une personne qui va en décéder »⁴³⁶. Par ailleurs, la référence à la lésion corporelle peut être telle que celle-ci prend le pas sur l'intention réelle de l'auteur.

⁴³² Cass. crim. 24 juillet 1974 ; *Gaz. Pal.* 1974, n° 2, somm. p. 289.

⁴³³ Cass. crim. 9 janvier 1990, n° 89-85.889 : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué [...] qu'au cours d'une querelle [...] Mohamed X... aurait porté à Ahmed Y... un coup de couteau à la poitrine ayant entraîné la mort ; Attendu que [...] les juges n'ont pas entaché leur arrêt de contradiction en constatant, d'une part, que X... n'aurait pas eu, avant cette querelle, l'intention de tuer la victime et qu'il n'aurait donc pas prémédité son acte, et en déduisant, d'autre part, de la force avec laquelle le coup aurait été donné et de la région du corps où il aurait été porté que son auteur aurait eu, au moment de la commission de l'acte, une intention homicide » ; *RSC* 1990, p. 337 s, obs. G. LEVASSEUR.

⁴³⁴ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 16^{ème} édition, 2017, p. 106. Dans le même sens, voir Cass. crim. 6 janvier 1993, n° 92-83.316 ; *RSC* 1993, p. 773 s. obs. G. LEVASSEUR (coups de marteau sur la tête).

⁴³⁵ Nous soulignons.

⁴³⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 275, spéc. note n°3 : l'auteur souligne que « dans la logique de la présomption de conformité de l'intention au résultat atteint, les violences mortelles auraient mérité les peines du meurtre, voire de l'assassinat, à savoir 30 ans de réclusion ou la réclusion à perpétuité ». Il tempère néanmoins ce constat car la difficulté de la preuve est telle qu'il est indispensable de conserver un doute quant à la culpabilité de l'auteur. D'autres incriminations ne suivent toutefois pas cette logique, comme l'infraction de destruction, dégradation ou détérioration de biens dangereux pour les personnes ayant entraîné la mort d'autrui, punie de la réclusion criminelle à perpétuité (art. 322-10 du Code pénal), ou encore la privation de soins ou d'aliments envers un mineur de 15 ans lorsqu'elle a été suivie du décès de la victime (art. 227-16 du Code pénal).

167. La référence à la lésion corporelle au détriment de l'intention délictueuse – Le choix de la qualification repose parfois sur le résultat juridique (l'interruption totale de travail) au détriment de l'intention réelle de l'auteur. Dès lors, seule la lésion corporelle permettra de faire entrer le comportement dans l'incrimination correspondante. Il en ressort que dans ces cas la qualification de l'infraction repose sur ce qui a *résulté du comportement*⁴³⁷, et non sur ce qui a été *recherché à travers le comportement*. Seul le résultat juridique permet ici d'indiquer l'élément moral et de qualifier l'infraction, puisque dans le dernier exemple l'atteinte effectivement causée à la valeur sociale (la vie) prime sur l'atteinte recherchée à la valeur sociale (l'intégrité physique). Ainsi perçue, la référence à la lésion corporelle est telle qu'elle prête à l'auteur une intention qui ne l'a peut-être jamais animé. B. PY explique par ailleurs au sujet des atteintes involontaires à l'intégrité corporelle qu'elles « sont punies en fonction de la gravité du préjudice subi par la victime. La loi ne se préoccupe absolument pas de l'attitude psychologique du responsable d'une faute d'imprudence, qui est donc punie différemment en fonction d'un critère unique : le préjudice subi par la victime. La même faute sera parfois qualifiée d'atteinte involontaire à la vie (homicide par imprudence), parfois d'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle (blessures par imprudence), en fonction du seul critère du résultat objectif de faute »⁴³⁸.

Il ressort de ces développements que l'intention comporte des liens relativement étroits avec le résultat car ce dernier la révèle, au travers de l'atteinte portée au support de la valeur sociale. C'est alors fort logiquement que lorsque le résultat perd en importance dans la preuve de l'élément moral, les lésions corporelles occupent une fonction secondaire.

B. La subsidiarité de la lésion corporelle dans la preuve de l'intention délictueuse

168. L'utilité relative du corps dans la preuve de l'intention délictueuse – De prime abord, il est tentant d'étendre ce lien entre l'intention et le résultat à l'élément moral dans sa globalité, et de soutenir que les fautes intentionnelles comme non intentionnelles peuvent être déduites de la lésion portée au corps. Néanmoins, si l'intention suppose la recherche d'un

⁴³⁷ Voir en ce sens M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 193.

⁴³⁸ B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », art préc., spéc. p. 72.

résultat tel n'est pas le cas s'agissant, par exemple, des fautes non intentionnelles. Certes, la faute crée un dommage, soit un résultat juridique dont il faudra déterminer l'existence pour qualifier l'infraction mais la preuve de la non-intention reposera sur le comportement⁴³⁹ plus que sur le résultat en lui-même. Cela ne signifie pas que le corps humain est dénué d'utilité dans la recherche des éléments constitutifs des infractions involontaires. En effet, il a été observé que le résultat était nécessaire, en ce sens qu'il démontre une négligence de la part de l'auteur et constitue donc la faute. En conséquence, lorsque l'infraction nécessite un résultat matériel concret pour être constituée, le corps humain, en ce qu'il révèle ce résultat, devrait dévoiler l'existence d'une faute.

169. Annonce de plan - Parfois le comportement l'emporte sur les lésions corporelles et conditionne la preuve de l'intention (1) comme de la non-intention (2).

1) La preuve de l'intention, inhérente au comportement de l'auteur

170. La mise en retrait du corps humain dans la preuve de l'intention délictueuse – Malgré les développements précédents établissant l'utilité du corps humain dans la révélation de l'intention délictueuse, il convient de nuancer ce constat. En effet, en matière d'infractions intentionnelles la preuve de l'intention peut reposer davantage sur le comportement de l'auteur que sur le corps humain. Ainsi, dans un arrêt rendu le 29 novembre 1972⁴⁴⁰, la Cour de cassation confirma l'arrêt de la cour d'appel, qui avait retenu la qualification de violences volontaires. En l'espèce, dans l'intention de viser le cartable d'une amie avec sa carabine à plombs, l'auteur blessa la victime au mollet. Or en visant le cartable, il « pouvait se douter qu'un léger écart de la trajectoire pouvait atteindre la victime porteuse de cet objet [...] [car] la fillette participait à l'action au moment du dommage ». Cette solution diffère de la précédente non pas au vu de la région du corps visée, car le mollet ne saurait être perçu comme une partie vitale, mais au vu de la psychologie de l'auteur qui « pouvait se douter » qu'une lésion corporelle allait survenir.

⁴³⁹ Comme le souligne B. PY, « L'élément moral est démontré dès lors que le prévenu a conscience de commettre le comportement prohibé par la loi pénale. En matière d'atteinte à l'intégrité corporelle, il suffit de vouloir l'acte générateur du dommage et non de vouloir le dommage pour commettre une violence volontaire. Le droit pénal français sanctionne l'antisociabilité objective de l'infraction et non l'antisociabilité subjective du délinquant », B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », art. préc., spéc. p. 71.

⁴⁴⁰ Cass. crim. 29 novembre 1972, arrêt préc.

Cela ne signifie pas que le corps ne trouve aucune utilité dans ces exemples, au contraire puisque la répression de l'infraction de blessures volontaires ne peut être conçue en l'absence d'un résultat matériel concret. En revanche le corps n'a ici aucune utilité dans la révélation de l'élément moral, celui-ci étant inhérent au comportement de l'auteur, couplé au contexte dans lequel s'est déroulée l'infraction. Plus encore, il est des infractions dans lesquelles le corps ne dispose d'aucune utilité, ni dans la révélation de l'élément matériel ni dans la révélation de l'élément moral. Les infractions dénuées de résultat matériel concret n'occasionnent pas, par définition, de lésions à l'objet matériel. En conséquence, la fonction de celui-ci dans la recherche des éléments constitutifs est particulièrement réduite voire inexistante.

171. L'absence de résultat matériel effectif – Le résultat juridique, et donc l'infraction, sont parfois constitués en l'absence de résultat matériel effectif (tel est le cas de la tentative manquée ou du délit de risques causés à autrui). Dans ce cas, seule la recherche du résultat redouté est nécessaire et l'intention se déduit alors uniquement du comportement de l'auteur. L'atteinte au corps n'est ainsi pas exigée pour consommer l'infraction et il est même nécessaire, pour les infractions constituées par l'absence de résultat matériel concret, de ne pas lui causer de lésion concrète. La mise en danger délibérée d'autrui⁴⁴¹ est une infraction intentionnelle purement formelle puisque sa consommation ne nécessite pas de résultat juridique. Comme le souligne un auteur, « dans cette infraction, la situation de danger est sanctionnée pour elle-même, ce qui exclut le cumul de qualifications dès lors que ce même danger s'est réalisé »⁴⁴². De même, la non-assistance à personne en péril⁴⁴³ nécessite un résultat seulement potentiel pour être consommée. Le corps est en danger, mais cette notion est abstraite et relève du risque. Dans les infractions obstacles, le comportement est sanctionné pour lui-même. Ainsi, l'auteur d'un excès de vitesse sera sanctionné indépendamment de la survenance

⁴⁴¹ Article 223-1 al. 1er du Code pénal : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

⁴⁴² J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », art. préc., spéc. p. 849. *Contra*, voir E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 568, s'agissant de l'infraction de risques causés à autrui. Selon l'auteur cette infraction « pourrait être analysée comme une infraction matérielle et non comme une infraction formelle [...]. En analysant le risque mortel ou de blessures comme le résultat redouté de l'infraction, les magistrats dénaturent celle-ci. Un tel raisonnement revient à confondre la façon dont l'infraction se consomme avec son résultat ».

⁴⁴³ Article 223-6 al. 2 du Code pénal.

d'un accident causant la mort d'autrui⁴⁴⁴, tout comme le titulaire d'une arme qui participe à une réunion publique en étant porteur de cette arme sera sanctionné du seul fait qu'il pourrait être amené à s'en servir⁴⁴⁵. De même, il a été observé que la tentative ne comporte parfois aucun résultat matériel concret. Couplé à l'absence de désistement volontaire, le commencement d'exécution témoigne de l'intention de l'auteur de mener à bien son projet délictueux sans que l'objet ne subisse aucune lésion. Par exemple, le cambrioleur contraint de prendre la fuite commet une tentative de vol car les objets convoités n'ont subi aucune appropriation et l'élément moral est entièrement déduit du comportement de l'auteur. Le résultat matériel n'est alors d'aucune utilité tant pour la consommation de l'infraction que pour sa qualification⁴⁴⁶. La prépondérance du comportement n'est cependant pas cantonnée à ces hypothèses, car il en va de même avec certaines infractions non-intentionnelles.

2) *La preuve de la non-intention, inhérente au comportement de l'auteur*

172. La prépondérance du comportement de l'auteur – Malgré son incontestable utilité lors de la révélation des infractions intentionnelles, la simple survenance d'un résultat est insuffisante pour identifier la non-intention. Reposant sur une volonté du comportement et non le résultat qui en découle, la faute non intentionnelle en est une parfaite illustration. Il est alors nécessaire de déterminer si le comportement de l'agent était fautif, soit qu'il n'ait pas accompli les diligences normales qui lui incombent, soit qu'il ait violé de façon manifestement délibérée une obligation de prudence ou de sécurité, ou encore qu'il ait exposé autrui à un risque d'une particulière gravité. Indifféremment au résultat qui découle de ce comportement, la seule volonté de commettre l'acte ayant abouti au résultat non souhaité suffit à caractériser l'élément moral. Cela ne signifie pas pour autant que le résultat soit indifférent à la constitution de la faute non-intentionnelle mais qu'à l'inverse du raisonnement précédent, concernant la faute intentionnelle, le comportement prime sur le résultat. De ce fait, le corps voit son utilité

⁴⁴⁴ Article L 234-1 du Code de la route. Sur ce point voir J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 463 : l'auteur admet que la faute non intentionnelle puisse être envisagée en l'absence de résultat, notamment au vu des infractions au Code de la route qui constituent ni plus ni moins des fautes d'imprudence ou de négligence « sanctionnées pour elles-mêmes, sans qu'elles aient généré la moindre conséquence néfaste ».

⁴⁴⁵ Article 431-10 du Code pénal.

⁴⁴⁶ Le port d'une arme peut être considéré comme constitutif du résultat, supporté par l'objet matériel qui est l'arme. Pour autant, cela ne préjugerait en rien de l'intention de l'auteur d'utiliser son arme et, partant, le résultat est indifférent à la révélation de l'élément moral.

affaiblie. Ce constat est toutefois relatif car si le résultat ne prouve pas la faute, sa survenance est néanmoins nécessaire à la constitution de l'élément moral. Les illustrations jurisprudentielles sont nombreuses, aussi ne prendra-t-on comme exemple qu'les hypothèses les plus fréquentes.

173. La prise en considération du contexte de l'infraction – Le contexte dans lequel l'auteur agit suffit parfois à caractériser la non-intention. À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 avril 1972⁴⁴⁷, la Haute juridiction confirme l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu la qualification de blessures involontaires à l'encontre d'un auteur qui, en tirant pour atteindre une pomme tombée à terre, avait blessé la victime alors qu'elle se relevait. Cette qualification fut privilégiée car « l'auteur ne pouvait guère prévoir que son compagnon allait brusquement se redresser [...] [celui-ci ayant] dans l'esprit des uns et des autres, quitté la scène ». Ici encore, le corps ne prouve en rien l'absence d'intention car la preuve de l'élément moral repose sur le contexte dans lequel se situe l'action, les faits de l'espèce révélant que l'auteur ne pouvait savoir que sa victime allait se redresser. La preuve repose alors sur le comportement de la victime qui avait quitté la scène. De la même manière, la preuve peut reposer sur le non-respect des dispositions légales ou réglementaires.

174. Le non-respect des dispositions légales ou réglementaires – Nombre d'infractions non intentionnelles qui prennent leur source dans le non-respect des dispositions légales ou réglementaires voient leur élément moral révélé par le comportement. Ainsi, parmi les nombreux arrêts qui fourmillent en la matière, un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 2014 confirme la condamnation d'un employeur du chef d'homicide involontaire survenu sur un chantier. En l'espèce, la victime n'a reçu aucune formation ni aucun rappel des consignes de sécurité et a procédé seule aux opérations, sans attendre son chef d'équipe. Ce faisant, l'employeur a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage et a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer⁴⁴⁸. Quels que soient les faits ayant mené au dommage, la volonté de l'auteur de

⁴⁴⁷ Cass. crim. 19 avril 1972, n° 71-92.208.

⁴⁴⁸ Cass. crim. 12 novembre 2014, n° 13-85.860 ; M. VÉRON, « La faute de l'employeur efface la faute du salarié », *Droit pénal*, janvier 2015, comm. n° 5.

ne pas respecter les prescriptions légales ou réglementaires ou encore la négligence dont il fait preuve ne reposent en aucun cas sur le corps humain.

175. Conclusion de la Section 2 – Il ressort de ces développements que la recherche de l'élément moral et de l'élément matériel peut prendre appui sur le support qui subit les conséquences de l'infraction. Révélateur du résultat, lui-même étant un élément matériel constitutif de l'infraction, les interrogations ont porté sur le rôle du corps humain dans la matérialité de celle-ci, en prenant comme point de départ le résultat. Souffrant de nombreuses acceptions qui entachent sa clarté, la notion de résultat peut néanmoins se subdiviser en un résultat matériel et un résultat juridique. Le premier a été défini comme une modification du monde extérieur causant une lésion corporelle potentielle ou effective. Ce faisant, il représente le premier pas vers la seconde subdivision, le résultat juridique, constitué par l'atteinte effective à la valeur sociale protégée par le texte. Le résultat matériel symbolise alors la lésion en elle-même tandis que le second incarne les conséquences de la lésion et n'est présent que lorsque la valeur sociale est concrètement atteinte. Les lésions corporelles ont pu être exploitées en ce qu'elles mettent en lumière le résultat et participent de ce fait à la preuve de la matérialité constitutive. Néanmoins, le corps n'est pleinement utile que lorsque l'infraction nécessite un résultat matériel concret pour être constituée.

Le résultat a également été admis comme un référent dans la recherche de l'élément moral. Révélateur du résultat, le corps devient donc un point de référence dans la recherche de ce deuxième élément constitutif. L'intention se comprenant essentiellement par rapport au résultat, le soin pris par l'auteur d'atteindre certaines parties vitales du corps de la victime constitue par exemple un précieux indicateur. Le corps humain a ainsi pu être exploité dans la recherche de l'intention délictueuse et, à l'instar de l'étape précédente, il s'est trouvé limité dans son utilité dès lors que l'infraction ne comporte pas de résultat matériel effectif. Le comportement prend dans ce cas le pas sur le résultat, tout comme dans les infractions non intentionnelles. Il ressort de ces démonstrations que le corps humain est utilisé comme un instrument dans la recherche des éléments constitutifs seulement si l'infraction exige une matérialité.

176. Conclusion du Chapitre 2 – L'appréhension du corps par le droit pénal semblait s'orienter vers la notion de valeur sociale protégée. Or, des difficultés ont surgi lorsque le corps

humain a été confronté aux fonctions que ces valeurs occupent. En effet, **il ne constitue pas une valeur sociale en ce sens qu'il n'entre, notamment, ni dans la finalité de la loi pénale, ni dans la qualification de l'infraction.** Il est apparu que cette opération s'effectue au regard des atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou encore au consentement mais ne peut s'effectuer au regard du corps en lui-même. Par ailleurs, ceci s'est confirmé à l'analyse des incriminations ainsi que de la fonction primordiale des biens juridiques protégés, à savoir solutionner les éventuels conflits de qualifications. Or, si le corps était une valeur sociale protégée autonome, il se confondrait en permanence avec la vie ou l'intégrité physique en raison de sa fusion avec la personne et ces valeurs sociales sont déjà portées par le Code pénal. En outre, même en persévérant dans cette hypothèse, le cumul idéal de qualifications qui surgirait s'achèverait sur une peine encourue relevant des infractions de droit pénal commun, les sanctions étant plus élevées. **Le corps est en réalité le support des valeurs sociales protégées.** Ces deux notions renvoient à des objets de nature différente puisque l'un est concret⁴⁴⁹ quand l'autre est abstrait. Ces derniers remplissent également des fonctions différentes puisque l'atteinte à la valeur sociale réalise l'infraction tandis que l'atteinte au support la révèle. Le support véhicule donc les biens juridiques protégés et doit se voir appliquer les règles de la catégorie juridique à laquelle il appartient, choses ou personnes. Ainsi, les biens sont soumis aux dispositions pénales relatives à la « valeur sociale propriété », tandis que le corps de la personne est soumis aux valeurs sociales reliées à sa dimension physique.

En outre, toutes les incriminations visant à réprimer les atteintes à la personne contiennent des valeurs sociales dont la personne constitue le principal point de convergence. Les « valeurs sociales vie », « intégrité physique » ou encore « propriété » constituent des démembrements de la « valeur sociale personne humaine ». Par ailleurs, puisque le corps est le support de la personne il existe une interdépendance entre eux, dont il résulte que le corps humain dépend de la personne pour être traité de façon adaptée par le droit pénal. Elle le révèle, en ce sens que l'incrimination est motivée par l'atteinte redoutée à une valeur sociale dont elle est bénéficiaire.

Ces constats se sont renforcés lorsque les fonctions du support des valeurs sociales dans l'infraction ont été étudiées. Les lésions corporelles servent en effet à prouver la survenance d'un résultat matériel, soit une modification du monde extérieur, lequel entraîne une atteinte

⁴⁴⁹ Le support peut être matériel, comme le corps mais également immatériel, comme des informations.

effective ou potentielle à une valeur sociale protégée. En permettant de prouver la survenance du résultat les lésions corporelles entrent dans la matérialité de l'infraction. Au surplus, puisque l'élément moral se manifeste parfois dans la manière dont le support a été atteint, par exemple au vu de la région du corps visée lors d'un coup de feu, le corps indique également la survenance de l'élément moral. Autrement dit, la lésion corporelle ne constitue pas l'infraction car le corps n'est pas une valeur sociale protégée, mais il aide à la réalisation de l'infraction car il constitue le moyen de porter atteinte à cette valeur. **La fonction qu'occupe le corps humain dans l'infraction confirme ainsi qu'il est un support des biens juridiques protégés attachés à la personne.**

177. Conclusion du Titre 1 – Ces premiers développements avaient pour objet de déterminer la place qu'occupe le corps humain en droit pénal. Parmi les objectifs de protection du législateur se trouvent les valeurs sociales mais également les choses ou les personnes sur lesquelles elles portent. Ces objectifs de protection ne sont pas inéluctablement voués à tenir un rôle dans la sphère pénale mais doivent occuper une place conforme à leur nature, de sorte à leur octroyer un régime adapté et efficace. La crainte d'une atteinte à une valeur sociale jugée digne de protection par le législateur le mène à ériger un comportement en incrimination. En conséquence, il a d'abord été recherché si le corps pouvait répondre à cette qualification, notamment à l'étude des incriminations. Le terme de « corps » n'est apparu que rarement, contrairement à la personne humaine, omniprésente. Un paradoxe s'est alors installé puisque le corps semblait ignoré des atteintes à la personne, tout en constituant sa dimension physique dont les lésions sont, elles, réprimées. Ce paradoxe a été résolu car la personne est une valeur sociale protégée. Or, le corps est parfois fusionné avec elle et apparaît de ce fait comme une valeur sociale incidente. Parallèlement, le législateur pénal le traite indépendamment de la personne car, d'une part, tout corps ne répond pas à cette qualification et, d'autre part, le Livre V du Code pénal réprime les atteintes portées au « corps humain », considéré de façon autonome. À l'analyse des textes, seul le corps biologique est concerné. Les lois de bioéthique de 1994 ont propulsé le corps humain sur la scène juridique et le droit pénal s'en est saisi, de telle manière que le processus de reconnaissance d'une valeur sociale protégée semblait achevé. La consécration du corps humain dans le Code pénal a donc conduit à le qualifier, dans ces hypothèses, de valeur sociale apparente. **À ce niveau de l'étude, l'on pouvait donc présumer que le corps constituait une valeur sociale protégée, soit parce qu'il apparaît comme telle, soit parce qu'il bénéficie indirectement du statut de la personne humaine, valeur sociale**

suprême. En toute hypothèse, le corps pouvait donc, en plus de revêtir la nature d'une valeur sociale protégée, en exercer les fonctions. Cette démarche devait achever de confirmer la place que le droit pénal lui accorde.

Or, la confrontation du corps aux fonctions des valeurs sociales protégées a dévoilé les contradictions de cette qualification. Les valeurs sociales protégées sont la finalité du droit pénal mais le corps ne saurait être qualifié comme tel. Il n'est en effet pas utile, en tant que tel, à l'interprétation de la loi pénale ni à la qualification de l'infraction. L'étude des incriminations a par exemple constitué un exemple très éloquent. Si le corps était une valeur sociale à part entière, chaque atteinte à une dimension du corps entraînerait la lésion à la fois de la « valeur sociale corps » et de la valeur concernée, comme la vie ou l'intégrité physique. L'axe de la recherche a donc été remanié et l'étude s'est portée sur les éléments qui distinguent le corps des valeurs sociales protégées, plutôt que ceux qui les rassemblent. Ces dernières sont des concepts abstraits, lesquels nécessitent un support pour exister. Le corps les matérialise et les expose au monde empirique car il constitue un objet matériel et concret. Partant, un support ne peut pas être une valeur sociale protégée car il existerait autant de valeurs que de supports et, par extension, un droit pénal à l'assise illimitée. Cette qualification a permis de résoudre le paradoxe qui s'était installé en expliquant comment le corps pouvait être un objet de l'incrimination, sans être une valeur sociale protégée. **Le corps ne pouvant revêtir les fonctions d'une valeur sociale protégée, il ne peut pas être qualifié comme telle. Il constitue en revanche leur support, en ce qu'il les matérialise et les véhicule essentiellement au bénéfice de la personne humaine.** Le Livre II du Code pénal réprime alors les atteintes à la personne prise en sa dimension collective, soit à l'humanité et à l'espèce humaine, ainsi qu'à la personne prise en sa dimension individuelle. Cette dernière bénéficie ainsi de tous les biens juridiques reconnus par le législateur pénal et qui constituent des démembrements d'elle-même comme la vie, l'intégrité physique, la dignité ou encore la vie privée. Cette démonstration devait toutefois être confirmée à l'étude de la fonction du corps dans l'infraction. En effet, l'infraction est l'atteinte à la valeur sociale protégée, dont le support subit les conséquences directes et concrètes. Or, en ce qu'il révèle les lésions corporelles le corps humain prouve le résultat de l'infraction. Plus encore, il révèle l'élément moral lorsque ce dernier est intimement lié au résultat.

Si la prééminence de la personne humaine n'est pas source de difficultés lorsque le corps humain est appréhendé sous son prisme, il en va autrement lorsqu'il n'est pas reconnu comme

une personne, tel le cadavre, ou lorsqu'il est traité comme une valeur sociale, à l'instar du corps biologique. Dans ces situations en effet, sa nature et sa fonction sont méconnues par le législateur pénal et ces constats vont inévitablement trouver un écho dans le traitement qui lui est réservé.

Titre II : Le corps malmené par le droit pénal

178. Les maladresses du droit pénal – Support de la personne humaine, le corps humain ne fut pas ou peu appréhendé en tant que tel jusqu'aux lois de bioéthique. La sanction des lésions portées aux valeurs sociales du Code pénal permet en effet de réprimer, par ricochet, les atteintes au corps. Pourtant, l'émergence du corps humain sur la scène juridique suite aux lois de bioéthique a amené le législateur à lui consacrer une partie du Livre V du Code pénal. Il est toutefois ressorti des développements précédents que malgré le fait que le corps soit parfois traité comme une valeur sociale à part entière, il demeure le support de ces valeurs, dont la personne humaine est l'unique bénéficiaire. En conséquence, si le régime appliqué au corps n'est pas en adéquation avec sa nature, la tentative du législateur de lui accorder une protection accrue est peut-être vaine ou, à tout le moins, perd en efficacité. La personne ayant constitué de tout temps une des préoccupations principales du législateur, lorsque le corps biologique a émergé de façon autonome sur la scène juridique des problématiques inhabituelles sont apparues. Le corps humain s'est soudainement trouvé au centre des préoccupations du législateur et appelle désormais à une protection accrue. La volonté du législateur d'atteindre cet objectif l'a conduit à traiter le corps comme une valeur sociale protégée, sans s'attacher à sa nature et au régime qui aurait pu en découler.

179. Le corps secondaire – De surcroît, puisque la personne est prééminente et omniprésente le droit pénal se construit autour d'elle avant de se construire autour de son corps, ce qui emporte deux conséquences principales. D'une part, si le corps personnifié, c'est-à-dire de la naissance jusqu'à la mort, n'est pas protégé sous son prisme mais comme une valeur sociale protégée il recevra un traitement vraisemblablement inapproprié. D'autre part, cela interroge sur le traitement réservé au corps dépersonnalisé, soit le corps avant la naissance et après la mort, ainsi qu'aux éléments et produits. Une répression efficace des atteintes qui lui sont portées semble illusoire puisqu'il ne peut être protégé au titre des incriminations relatives à la personne.

Il en résulte que le corps personnifié conçu sous son aspect biologique, comme le corps dépersonnalisé, sont traités indépendamment de la personne. Il faudra mesurer la portée de cette démarche à la fois dans l'incrimination et dans l'infraction, mais également dans la sanction de l'acte délictueux. Méconnaissant sa nature, le droit pénal applique un régime inadapté au corps personnifié (**Chapitre 1**) ainsi qu'au corps dépersonnalisé (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le droit pénal inadapté au corps personnifié

180. L'absorption du corps par la personne humaine – La personne humaine se présente comme une entité dans laquelle le corps se confond et perd toute existence autonome. Elle constitue en effet le point de convergence des biens juridiques protégés portés par le corps. Elle est alors appréhendée de façon variée par le droit pénal. Aussi, comme on l'a précédemment évoqué, la personne humaine est prééminente au sein du Code pénal mais le régime qui en découle n'est pas défavorable au corps humain. Au contraire, en ce qu'il bénéficie indirectement de la protection accordée à la personne, finalité de la loi pénale, il est soumis à un régime conforme à sa nature. Cependant, depuis les lois de 1994 le droit pénal tente d'appréhender ce qui constitue le droit de la bioéthique, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui encadrent les pratiques médicales impliquant les manipulations du vivant et tendant au respect de l'éthique. Dans cette optique, le législateur pénal s'est saisi du corps biologique en l'abordant comme une valeur sociale à part entière, à l'opposé de ce qu'il est.

En conséquence, l'intégration de ce droit de la bioéthique en droit pénal est susceptible de soulever des difficultés, et autant d'interrogations sur le bien-fondé et l'efficacité répressive de ce qui est qualifié de droit pénal de la bioéthique. En effet, si le corps personnifié a vocation à être soumis au régime de la personne humaine, l'extraire de cette protection incidente semble périlleux et risque de mettre à mal un système répressif dont le fonctionnement se montre efficace. Parallèlement, le corps humain semble lui aussi malmener quelque peu le droit pénal, notamment en ce qu'il devient peu à peu un nouvel outil de commission de l'infraction. En effet, le corps humain ne remet pas en cause l'efficacité du droit pénal seulement lorsqu'il subit l'infraction mais également lorsqu'il aide à sa réalisation. Le droit pénal s'en trouve alors affecté en ce que cette évolution contraint à invalider les éléments constitutifs de certaines infractions, devenus trop étroits.

181. Annonce de plan – Objet de protection du législateur, bénéficiant d'une Section qui lui est expressément consacrée dans le Code pénal, le corps biologique répond aux critères de reconnaissance d'une valeur sociale protégée. Le droit pénal semble avoir été bousculé par l'apparition soudaine du corps humain sur la scène juridique et, mu par l'indéniable nécessité de le protéger, le législateur lui a octroyé un régime contraire à sa nature. L'inadaptation de

cette démarche se traduit tant par les faiblesses du droit pénal de la bioéthique (**Section 1**), que par l'étroitesse du droit pénal de la personne humaine (**Section 2**), bouleversé par la montée en puissance du corps.

Section 1 : Les faiblesses du droit pénal de la bioéthique

182. L'intégration critiquable du droit de la bioéthique en droit pénal – Les ressources biologiques considérables offertes par le corps humain ont nécessité un encadrement législatif, tant en droit interne qu'en droit international. Les utilisations des éléments et produits du corps au titre d'une activité thérapeutique ou scientifique, les expérimentations sur la personne ou encore la recherche et ses potentielles dérives éthiques sont à l'origine d'un foisonnement de textes. La bioéthique s'est progressivement imposée jusqu'à forcer la construction d'un droit pénal de la bioéthique sanctionnant le non-respect de certaines de ces dispositions. Si l'introduction, dans le Code pénal, des sanctions édictées par Code de la santé publique ne semble « guère discutable »⁴⁵⁰ pour certains auteurs car le Code pénal serait, « tout bien considéré, le contenant naturel de ces dispositions en ce qu'il est l'un des garants essentiels de la protection des personnes »⁴⁵¹, cette affirmation doit être nuancée.

Outre son caractère tentaculaire, la bioéthique témoigne en effet d'une certaine spécificité qu'il est difficile de maîtriser. Son intégration dans une branche du droit préexistante est alors vouée à soulever des difficultés et implique, en conséquence, de s'interroger sur l'opportunité d'une telle démarche. Le législateur a néanmoins fait le choix d'intégrer pour partie ces dispositions dans le Code pénal, au sein d'un Livre V, ce qui semble hasardeux au regard du lien entre le corps et la personne.

183. Annonce de plan – Ce choix est la conséquence directe de la méconnaissance du corps par le droit pénal. L'apparition de la bioéthique a été la source d'un véritable bouleversement. En témoignent les incohérences formelles (§1) et substantielles (§2) des incriminations relatives à la bioéthique.

⁴⁵⁰ L. CIMAR, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois "bioéthiques" », *art. préc.*, spéc. p. 308.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

§ 1 - Les incohérences formelles dans les incriminations relatives à la bioéthique

184. Le droit de la bioéthique en perpétuel mouvement – Antérieurement aux lois de 1994, les relations qu’entretenait le droit pénal avec la bioéthique n’étaient pas inexistantes mais les points de convergence se révélaient peu nombreux. Cela consistait essentiellement en quelques dispositions pénales contenues dans la loi dite « Huriet » du 20 décembre 1988⁴⁵². Le corps humain n’a réellement suscité l’intérêt du législateur pénal que lors de l’adoption des lois de bioéthique de 1994, puis de celles du 6 août 2004⁴⁵³ et du 7 juillet 2011⁴⁵⁴. Plus récemment, les Lois du 5 mars 2012⁴⁵⁵ et du 26 janvier 2016⁴⁵⁶ sont venues compléter le dispositif⁴⁵⁷. Bien que ces lois ne se distinguent pas par un foisonnement de dispositions pénales⁴⁵⁸, elles ont abouti à une codification hasardeuse dans le Livre V tant en ce qui concerne l’emplacement des incriminations que des techniques utilisées par le législateur. En effet, les particularités propres à cette matière, comme son étendue, sont source de confusion. Le droit pénal ne peut contenir tous les comportements délictueux susceptibles d’intervenir dans ce domaine.

185. Annonce de plan - Aussi, avant même de s’intéresser à la substance du droit pénal de la bioéthique, les développements à venir témoigneront d’un droit difficilement accessible sur le plan formel. Les incohérences relevées dans ces incriminations proviennent d’une organisation (A) et d’une lisibilité (B) qu’il apparaît nécessaire de clarifier.

A. Une organisation à clarifier

186. Le désordre des incriminations relatives à l’éthique – Depuis 1994, le Code pénal n’a cessé de s’approprier ou, à tout le moins, de tenter de s’approprier les dispositions pénales des différentes lois relatives à la bioéthique. L’assemblage de ces règles constitue la

⁴⁵² Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale, *JO* du 22 décembre 1988.

⁴⁵³ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* du 7 août 2004.

⁴⁵⁴ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO* du 8 juillet 2011.

⁴⁵⁵ Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, *JO* du 6 mars 2012.

⁴⁵⁶ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé, *JO* du 27 janvier 2016.

⁴⁵⁷ Voir *supra* n° 92 s.

⁴⁵⁸ La loi du 7 juillet 2011 ne contient par exemple que très peu de dispositions pénales.

traduction pénale des grands principes de la bioéthique, mais la soudaineté avec laquelle le droit pénal de la bioéthique a dû se construire a abouti à une codification critiquable de ces textes. Alors que l'organisation du Code pénal constitue un référent dans la recherche des objectifs du législateur, cette fonction semble compromise s'agissant du droit pénal de la bioéthique.

187. Annonce de plan - Ces incriminations connaissent donc une première forme d'incohérence au travers de leur organisation, visiblement établie à la hâte. Il semblerait en effet que les lacunes relevées dans l'organisation du droit pénal de la bioéthique puissent être imputables à une effervescence des incriminations d'une part (1), ainsi qu'au caractère anarchique de leur organisation d'autre part (2).

1) *L'effervescence des incriminations*

188. La codification hâtive des incriminations – Le Code pénal s'est rapidement enrichi des lois de 1994. La prise de conscience soudaine des avancées scientifiques a engendré une effervescence législative et, désormais, le Code pénal s'efforce de réprimer toutes les infractions relatives à l'éthique. La place du droit pénal dans ce domaine n'avait pas encore fait l'objet d'interrogations que les dispositions s'accumulaient déjà au sein du Livre V du Code pénal, prosaïquement intitulé « Des autres crimes et délits ». Reflet d'un « malaise du législateur »⁴⁵⁹, il se compose d'un Chapitre unique consacré aux infractions en matière d'éthique biomédicale, qui semblent avoir été dispersées à la hâte.

Ce Livre contient trois Sections portant respectivement sur la protection de l'espèce humaine, du corps humain et de l'embryon humain. La répression des atteintes à l'espèce humaine prend forme au travers des infractions d'eugénisme et de clonage⁴⁶⁰. La Section incriminant les atteintes portées au corps humain recouvre les prélèvements d'éléments et produits du corps humain sans le consentement de l'individu⁴⁶¹, le trafic des éléments et produits du corps humain⁴⁶², le non-respect du principe d'anonymat⁴⁶³ ou des différentes

⁴⁵⁹ J.-B. THIERRY, « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 11 s., spéc. p. 13.

⁴⁶⁰ Étant précisé que l'eugénisme et le clonage sont également réprimés au sein du Livre II du Code pénal respectivement aux articles 214-1 et 214-2. Pour davantage de développements, voir *infra* n° 332 s.

⁴⁶¹ Articles 511-2 et 511-3 (organes), 511-5 et 511-6 (tissus, cellules, produits et gamètes) du Code pénal.

⁴⁶² Articles 511-2, 511-4 et 511-9 du Code pénal.

⁴⁶³ Articles 511-10 et 511-13 du Code pénal.

autorisations administratives⁴⁶⁴. Enfin, la Section consacrée à la protection de l'embryon humain réprime le trafic d'embryon⁴⁶⁵, l'obtention illicite d'embryons⁴⁶⁶, la production à des fins industrielles, commerciales ou expérimentales, ainsi que l'expérimentation sur l'embryon⁴⁶⁷. Le non-respect de la finalité de l'assistance médicale à la procréation, des autorisations administratives, du principe d'anonymat et le diagnostic préimplantatoire illicite sont également sanctionnés⁴⁶⁸. Si l'organisation choisie par le législateur semble à première vue satisfaisante il sera démontré qu'il n'en est rien. Par exemple, le non-respect du principe d'anonymat fait l'objet d'une sanction mais le champ de l'incrimination se limite en réalité au don de gamètes. Autrement dit, la violation de ce principe n'est pas réprimée lorsque ce don a pour objet d'autres éléments et produits du corps⁴⁶⁹. Illusoire, cette organisation tente de répondre à l'objectif premier du législateur, qui fut de retranscrire les principes issus des lois bioéthique et contenus dans le Code civil.

189. La tentative d'une traduction pénale des lois bioéthique – Les grands principes des lois de 1994 sont contenus aux articles 16 et suivants du Code civil. D'ordre public, ceux-ci sont inclus dans un Chapitre intitulé « Du respect du corps humain » et visent essentiellement au respect des principes fondateurs que sont l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps humain, ainsi que la gratuité et l'anonymat des dons. Les incriminations contenues dans le Livre V tentent en réalité de leur apporter une traduction pénale. Par exemple, la non-patrimonialité du corps humain codifiée à l'article 16-5 du Code civil trouve un écho dans le Code pénal au titre de la répression de l'obtention d'un organe, de tissus, de cellules ou de gamètes contre un paiement⁴⁷⁰. Il en va de même avec le principe d'anonymat codifié à l'article 16-8 du Code civil. De même, la répression des différents prélèvements des éléments et produits sans le consentement du patient résulte en réalité de la consécration du droit au respect du corps humain. À cette prolifération s'ajoutent, on le verra, des déficiences qualitatives de ces textes.

Paradoxalement, le Code civil semble plus enclin à encadrer le respect de ces principes. Tandis que le Livre V du Code pénal contient nombre d'incriminations dont la portée se révélera

⁴⁶⁴ Articles 511-7 à 511-8-2, 511-11, 511-12 et 511-14 du Code pénal.

⁴⁶⁵ Article 511-15 du Code pénal.

⁴⁶⁶ Article 511-16 du Code pénal.

⁴⁶⁷ Articles 511-17 à 511-19 du Code pénal.

⁴⁶⁸ Articles 511-20, 511-23 et 511-25 du Code pénal.

⁴⁶⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.* L'article 511-25 du Code de la santé publique réprime toutefois la violation de ce principe mais au titre des atteintes à l'embryon.

⁴⁷⁰ Articles 511-2, 511-4 et 511-9 du Code pénal.

contestable, les articles 16 à 16-9 du Code civil semblent refléter une organisation plus intelligible. Les principes gouvernant la matière se dégagent ostensiblement, ce qui interroge sur l'opportunité des incriminations spéciales. Il peut être envisagé de réprimer, de manière générale, tout comportement violant le principe de non-patrimonialité ou de gratuité. Néanmoins, cette proposition est rapidement mise à mal au vu du principe de légalité qui soutient le droit pénal et qui exige que ces comportements délictueux soient décrits précisément. Cette effervescence qui s'est installée peu à peu aurait pu aboutir à une répression efficace, si toutefois ce mouvement n'avait pas conduit à une codification désordonnée de ces textes.

2) *L'anarchie des incriminations*

190. L'insertion tumultueuse des dispositions relatives à l'éthique dans le Code pénal – Cette effervescence législative a eu pour conséquence d'apporter un désordre considérable dans les incriminations du Livre V. Qualifiés d'« hétéroclites »⁴⁷¹, les articles 511-1 et suivants du Code pénal semblent jetés pêle-mêle au gré de leur objet de protection, soit l'espèce humaine, le corps humain et l'embryon humain. De prime abord, cette démarche ne semble pas attirer de critiques mais l'analyse de cette organisation en dévoile l'incohérence. P. MISTRETTA souligne fort justement l'éclatement des dispositions dans le Code pénal et met l'accent sur l'aspect inintelligible de ce droit pénal de la bioéthique⁴⁷². Certaines dispositions contenues dans le Livre II pourraient en effet trouver leur place dans le Livre V ou inversement⁴⁷³.

191. La répartition décousue des incriminations – Il apparaît d'emblée que le Livre II consacré aux atteintes à la personne humaine s'ouvre sur un premier Titre relatif aux atteintes à l'humanité et à l'espèce humaine, au sein duquel l'eugénisme et le clonage sont incriminés⁴⁷⁴. Parallèlement, le Livre V contient une Section intitulée « De la protection de l'espèce humaine », révélant un objet de protection identique. Partant, l'on voit mal pourquoi ces

⁴⁷¹ M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal* 2012, p. 392 s.

⁴⁷² P. MISTRETTA, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », art. préc. En ce sens, voir également P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op.cit.*, p. 363 ; A. GIUDICELLI, « Le droit pénal de la bioéthique », *art. préc.*

⁴⁷³ En ce sens, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op.cit.*, p. 361 s. ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », *RSC* 1996, p. 13 s., spéc. p. 24 ; P. MISTRETTA, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », art. préc. ; A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc. Sur l'opportunité de conserver certaines incriminations du Livre V du Code pénal, voir *infra* n° 329 s.

⁴⁷⁴ Articles 214-1 et 214-2 du Code pénal.

incriminations, qui au demeurant se complètent, ne sont pas réunies au sein du même Livre. Pareillement, le Livre II contient les délits de non-recueil du consentement en matière de recherche biomédicale ou de traitement automatisé de données, qui peuvent être considérés comme relevant du domaine de l'éthique biomédicale⁴⁷⁵. Plus encore, l'organisation des infractions relatives à la procréation médicalement assistée dénote un manque de lisibilité particulièrement éloquent⁴⁷⁶. Trois articles mentionnent explicitement les infractions commises dans le cadre d'une procréation médicalement assistée⁴⁷⁷, laissant penser que seuls les comportements répondant à ces textes sont incriminés. Après avoir recoupé différentes incriminations, PROTHAIS relève que la procréation médicalement assistée est en réalité encadrée par pas moins de quatorze incriminations dispersées dans la Section relative à « la protection du corps humain » et dans celle relative à la « protection de l'embryon humain », ce qui fait dire à l'auteur que ce système est « très désordonné et souvent indirect, allusif, voire complètement implicite »⁴⁷⁸. De même, il est difficilement concevable que l'article 223-8 du Code pénal relatif aux expérimentations sur la personne humaine ne soit pas intégré dans la Section du Livre V consacré à la protection du corps humain, tout comme l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne sans son consentement. À l'inverse, selon d'autres auteurs ces dispositions trouveraient davantage leur place dans le Livre II⁴⁷⁹, ce qui ouvrira ultérieurement le débat sur la répartition la plus opportune de l'ensemble de ces dispositions⁴⁸⁰.

Ces développements invitent à s'interroger sur l'objectif du législateur quant à la place souhaitée du corps humain en droit pénal. M. VERON rappelle que « la classification de ces infractions dépendait de la réponse que l'on entendait apporter à de délicates questions »⁴⁸¹ mais l'objectif ne semble pas rempli sur le plan formel. La répartition hasardeuse des dispositions pénales est artificielle⁴⁸² et entraîne des conséquences sur leur lisibilité.

⁴⁷⁵ L. CIMAR, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois “bioéthiques” », art. préc., spéc. p. 308. En ce sens, voir également CH. BYK, « Le droit pénal des sciences de la vie », art. préc., spéc. p. 30.

⁴⁷⁶ A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP G* 1997, I 4055, 42, spéc. n° 8.

⁴⁷⁷ *Ibidem*. Sont ainsi concernés les articles 511-11, 511-12, et 511-24 du Code pénal, auxquels l'auteur consent d'ajouter les articles 511-12 visant l'insémination artificielle, 511-25 visant le transfert d'embryon et 511-21 relatif au diagnostic préimplantatoire.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ En ce sens, voir par exemple A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 42.

⁴⁸⁰ Sur l'opportunité d'un droit pénal de la bioéthique, voir *infra* n° 342 s.

⁴⁸¹ M. VÉRON, « Ethique biomédicale, empreintes génétiques et sanction pénale. Présentation des lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 (suite) », *Droit pénal*, novembre 1994, p. 1 s.

⁴⁸² A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », art. préc., spéc. n° 22.

B. Une lisibilité à clarifier

192. La menace portée au principe de légalité – Cette organisation, qui ne cesse de faire l’objet de critiques, souffre également des techniques employées par le législateur. Néanmoins, certaines d’entre elles s’expliquent par les spécificités de la matière car il semble par exemple inéluctable que le droit pénal de la bioéthique ne puisse pas décrire avec précision l’ensemble des comportements réprimés. Cela nécessite alors de faire appel à d’autres branches du droit, ce qui ne serait pas source de confusions si cette technique était employée avec parcimonie. Le droit pénal semble alors victime de l’attitude qu’il a adoptée face à l’émergence du droit de la bioéthique. L’intégration de dispositions qui n’ont peut-être pas leur place dans le Code pénal induit inévitablement des difficultés d’ordre formel, avant même que les difficultés substantielles apparaissent.

193. Annonce de plan – La démarche entreprise par le législateur porte atteinte au principe de légalité en ce que les différentes lois de bioéthiques sont difficiles d’accès. Le législateur use abondamment de la technique des incriminations par renvoi d’une part (1), ce qui contribue au surplus à la création de doublons d’autre part (2).

1) La technique des incriminations par renvoi

194. Le dédale des incriminations – L’appréhension des comportements incriminés se révèle particulièrement ardue pour celui qui souhaite connaître la matière. La plupart des textes sont codifiés sous forme d’incriminations par renvoi⁴⁸³, essentiellement au Code de la santé publique, qui lui-même contient des dispositions pénales ou qui renvoie à son tour à d’autres textes législatifs ou réglementaires. À titre d’exemple, l’article 511-16 du Code pénal réprime le fait de se procurer des embryons en ne respectant pas les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et 2141-6 du Code de la santé publique relatifs à l’assistance médicale à la procréation. Le premier article renvoie à son tour à d’autres dispositions relevant de l’article L. 2141-6. Cet article renvoie à nouveau à deux autres articles du même Code et l’épreuve

⁴⁸³ Voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., notamment p. 366 s. En ce sens, voir également A. PROTHAIS, « Tribulations d’un pénaliste au royaume de l’éthique biomédicale », art. préc., qui le déplorait déjà peu de temps après l’entrée en vigueur des lois de bioéthique. Du même auteur, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d’assistance médicale à la procréation et d’adoption », art. préc.

s'achève enfin. En d'autres termes, il est nécessaire de combiner six articles pour déchiffrer l'incrimination édictée à l'article 511-16 du Code pénal. Il en va ainsi concernant les articles 511-16 et 511-19 à 525-1 du Code pénal pour la seule Section relative à l'embryon humain. Ce manque de lisibilité est incompatible avec le principe de légalité⁴⁸⁴, en ce que les renvois nuisent à la clarté des incriminations et créent un droit pénal à deux versants.

195. Les deux versants du droit pénal de la bioéthique – Selon P. MISTRETTA, une distinction s'impose entre les infractions « véritablement éthiques » c'est-à-dire celles qui « entendent promouvoir une règle d'éthique », et les infractions « faussement éthiques » qui relèvent en réalité d'un « droit pénal technique »⁴⁸⁵. L'obligation de recueillir le consentement dans le cadre des prélèvements d'éléments et produits du corps humain, ou encore certaines dispositions comme le fait que l'embryon humain ne puisse être obtenu sans respecter les conditions légales, sont des dispositions qui relèvent moins de la répression des atteintes à la personne ou à l'embryon que d'un droit pénal technique. Autrement dit, ces incriminations encadrent les pratiques médicales sans pour autant reposer sur un fondement éthique⁴⁸⁶. Sont ainsi réprimés le fait pour un médecin de conserver ou utiliser des tissus embryonnaires suite à une interruption de grossesse *en dehors des cas prévus par la loi ou des finalités prévues par celle-ci*, ainsi que la conservation de cellules souches embryonnaires ou du recours au diagnostic prénatal *sans avoir obtenu d'autorisation légale*⁴⁸⁷. Ces dispositions se veulent efficaces mais ce caractère est en réalité illusoire car elles ont pour seul effet de contribuer au manque de clarté propre à ce Livre V. Un constat identique s'impose par ailleurs lorsque le Code de la santé publique n'est plus seulement un complément du Code pénal mais son double.

2) *La technique des doublons*

196. La redondance de certaines dispositions du Code de la santé publique – La lecture du Code de la santé publique témoigne de la présence de certaines dispositions déjà prévues par le Code pénal, et la pertinence de ce décalque ne peut que soulever des questions.

⁴⁸⁴ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op.cit.*, p. 46.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 43 et p. 366 s. En ce sens, voir également A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc.; J.-B. THIERRY, « Quelle place pour la bioéthique en droit pénal ? », art. préc.

⁴⁸⁶ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op.cit.*, p. 371 s.

⁴⁸⁷ Articles 511-19-2 et 511-20 du Code pénal. Pour davantage de développements, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op.cit.*, p. 372.

Afin d'illustrer cette problématique des « doublons volontaires »⁴⁸⁸, V. MALABAT s'appuie par exemple sur l'article L. 2151-2 du Code de la santé publique, qui ne fait que reprendre expressément l'article 511-18 du Code pénal⁴⁸⁹. De même, l'article L. 2162-1 du Code de la santé publique constitue une copie conforme de l'article 511-20 du Code pénal⁴⁹⁰. L'auteur relève également que l'article L. 2222-1 du Code de la santé publique n'est que la réplique de l'article 223-10 du Code pénal⁴⁹¹. V. MALABAT explique que « ne constituent [alors] une double incrimination d'un même fait que les infractions qui présentent les mêmes éléments constitutifs, tant matériel que moral, et une qualification identique bien que définies dans des textes formellement distincts »⁴⁹². Le rapport de la Commission supérieure de codification est assez explicite sur les conséquences engendrées par cette technique, qui « a entraîné trois inconvénients majeurs. En premier lieu, elle a provoqué le gonflement artificiel de certains codes, mélangeant dispositions normatives et dispositions simplement informatives. En deuxième lieu, elle a incité des administrations à présenter des projets de code qui n'avaient pas en réalité de substance [...]. Enfin, elle a été source d'erreurs : la modification des dispositions reprises en code suiveur, suite à une modification de l'article pilote, n'a pas toujours été automatique et il est même arrivé que le législateur modifie directement l'article suiveur et non l'article pilote ; une discordance des droits applicables en a résulté, la disposition à l'origine purement informative acquérant une portée normative autonome »⁴⁹³. Au-delà, l'emploi de doublons nuit à la lisibilité du droit pénal de la bioéthique. En effet, il devient parfois difficile

⁴⁸⁸ Terme emprunté par V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Mélanges Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 155 s.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, spéc. p. 162. L'article L. 2151-2 al. 1^{er} du CSP dispose que « La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite » et l'article 511-18 du Code pénal punit « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche ».

⁴⁹⁰ Article L. 2161-2 du CSP : « Comme il est dit à l'article 511-20 du code pénal ci-après reproduit : “ Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 2131-1 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ” ».

⁴⁹¹ Article L. 2222-1 du CSP : « Comme il est dit à l'article 223-10 du code pénal ci-après reproduit : “ L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ” ».

⁴⁹² *Ibid.*, p. 155 s., spéc. p. 164 s. L'auteur distingue ainsi le « doublon involontaire » « qui résulte d'une simple maladresse législative », du « doublon volontaire » « qui a été choisi par le législateur comme moyen d'insérer dans deux codes différents une même incrimination ». Ces Codes sont qualifiés de « code pilote » et de « code suiveur » selon des termes employés notamment par L. MINIATO, « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », *D.* 2004, p. 1416 s., note sous arrêt.

⁴⁹³ Commission supérieure de codification, *Dix-septième rapport annuel 2006*, La documentation française, 2006, spéc. p. 10 s., cité par J.-B. THIERRY, « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », art. préc., spéc. p. 16.

de déterminer ce qui différencie l'incrimination autonome du doublon et d'opérer un choix entre ces deux incriminations.

197. Des incriminations autonomes dissimulées – Si la technique des doublons pose des difficultés d'ordre formel, elle engendre par extension un manque de lisibilité quant à la répression des comportements délictueux. Prenant exemple sur l'article 2222-1 du Code de la santé publique relatif à l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée, V. MALABAT s'interroge sur le point de savoir si la disposition créée établit « une incrimination autonome ou ne fait [...] que renvoyer à l'incrimination préexistante. »⁴⁹⁴. S'il s'agit d'une incrimination autonome elle devra suivre le régime établi par le Code qui la porte, à savoir les peines ou encore circonstances aggravantes relevant du Code de la santé publique. En revanche si elle ne fait que renvoyer à l'article 223-10 du Code pénal elle est rattachée au régime de ce Code. Au surplus, il est à noter que seul le Code pénal comporte des peines complémentaires⁴⁹⁵. Cependant, des failles apparaissent lorsqu'il s'agit d'analyser les sanctions correspondantes. En effet, « l'on arrive à des divergences entre le code pilote et le code suiveur. Ainsi [...] si l'interruption de grossesse est sanctionnée sur le fondement de l'article 223-10 du Code pénal, l'auteur encourt également les peines complémentaires qui sont visées aux articles 223-16 et suivants du Code pénal alors que l'auteur poursuivi sur le fondement de l'article 2222-1 du Code de la santé publique n'encourt que les peines principales qui sont les seules reprises sur les dispositions du Code pénal »⁴⁹⁶.

La Cour de cassation a néanmoins apporté une réponse dans un arrêt du 17 septembre 2003 dont on peut déduire, à propos de dispositions du Code des assurances reproduites dans le Code de la route, qu'elles ne constituaient pas une incrimination autonome⁴⁹⁷. V. MALABAT en conclut que si cette solution se comprend sur un plan substantiel, elle se montre plus contestable sur un plan formel car la disposition répétitive ne comporte qu'une fonction informative et non normative. Dès lors, cela nuit à l'autorité de la loi pénale⁴⁹⁸. Tout en reconnaissant que cette technique contribue à l'accessibilité du droit, l'auteur soulève plusieurs

⁴⁹⁴ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 162.

⁴⁹⁵ L. CIMAR, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois “bioéthiques” », art. préc., spéc. p. 315.

⁴⁹⁶ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 162 s.

⁴⁹⁷ Cass. crim. 17 septembre 2003, n° 03-81.147 ; L. MINIATO, « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », art. préc. ; V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 163.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. En ce sens, voir P. MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G* 2005, act. 70.

difficultés pouvant se présenter, comme la modification éventuelle de l'article 223-10 du Code pénal⁴⁹⁹. En réalité, le droit pénal ne fait qu'apporter des sanctions à des dispositions parfois plus claires et l'arsenal répressif en fait un droit subsidiaire et uniquement sanctionnateur et de « conception archaïque »⁵⁰⁰.

Au vu de ces développements, les difficultés d'ordre formel qui attendent le juriste sont regrettables. Le droit pénal se montre « inintelligible », prenant la forme d'un « patchwork juridique », d'un assemblage de droit médical, droit de la santé, droit de la bioéthique, sans que ce soit compensé par une harmonie des textes et qui aboutit à un « droit pénal hermétique et filandreux »⁵⁰¹. En conséquence, couplé à des incohérences substantielles, cela participe au manque d'effectivité du droit pénal de la bioéthique.

§ 2 - Les incohérences substantielles dans les incriminations relatives à l'éthique

198. L'intégration illusoire de la bioéthique en droit pénal commun – L'utilité d'un droit pénal en matière de bioéthique n'est guère contestable au regard de l'importance des valeurs sociales à protéger⁵⁰². Son efficacité dépend néanmoins de la clarté des incriminations, tant dans leur formulation que dans leur substance. En effet, lorsque l'acte délictueux consiste par exemple en la réalisation d'une pratique scientifique, la description de ce comportement doit être claire et précise. Si les dispositions répressives sont soumises à cette exigence, toutes n'ont pas pour objet de réprimer des actes commis dans un domaine aussi particulier et aussi vaste que la bioéthique. En outre, les démonstrations menées jusqu'ici font apparaître le droit pénal comme un droit sanctionnateur, au service de la bioéthique et qui étouffe parfois sous l'abondance de ses dispositions. Peut-être faut-il alors envisager de promouvoir la reconnaissance pleine et entière d'un droit pénal de la bioéthique, dissocié du droit pénal commun. Il faudrait pour cela déceler, dans la substance des incriminations, une réelle indépendance par rapport à celle contenues dans le droit pénal commun.

⁴⁹⁹ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 164 s.

⁵⁰⁰ A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., p. 40 s.

⁵⁰¹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 47.

⁵⁰² Voir par exemple M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 393.

199. Annonce de plan – Toutefois, des lacunes surgissent à l’analyse de la substance de ces dispositions pénales, au point que l’utilité de la reconnaissance d’un droit pénal de la bioéthique laisse dubitatif. Au vu de ces considérations, l’élaboration du droit pénal de la bioéthique se révélera approximative (A), ce qui rendra contestable l’opportunité sa reconnaissance (B).

A. L’élaboration approximative du droit pénal de la bioéthique

200. Une construction entravée par les spécificités de la matière – Si la volonté du législateur de construire un droit de la bioéthique efficient ne s’est pas révélée à l’étude des incriminations sous un angle formel, peut-être en ira-t-il autrement à l’analyse de leur substance. Les nombreuses incriminations par renvoi insinuent pourtant un doute car nul besoin d’en appeler au Code de la santé publique si les dispositions répressives sont suffisantes. Cette efficience pourrait toutefois être vérifiée au travers des sanctions rattachées à ces comportements. En effet, la gravité de la peine comme le comportement auquel la sanction est rattachée pourraient constituer des éléments de référence, permettant de conclure à l’élaboration d’un droit pénal de la bioéthique.

201. Annonce de plan – Pourtant, le droit pénal de la bioéthique va une fois de plus montrer ses faiblesses. L’élaboration du droit pénal de la bioéthique souffre en effet des définitions lacunaires qui le caractérisent (1), ainsi que des sanctions déconcertantes qu’il édicte (2).

1) Les définitions lacunaires des infractions

202. Des incriminations floues – Malgré le foisonnement d’incriminations, le Code pénal ne consacre pas expressément de dispositions relatives à l’éthique médicale ou à la bioéthique. P. MISTRETTA met en lumière l’absence d’incriminations relatives à la santé⁵⁰³, ainsi que les incertitudes qui planent autour du terme d’« éthique biomédicale » qui semble avoir retenu l’attention du législateur⁵⁰⁴. À défaut de pouvoir définir la valeur sociale qui sous-tend ces incriminations il convient de se tourner vers les textes, et plus particulièrement vers leur contenu, afin de déterminer le domaine visé par le législateur. La déception surgit ici également puisque nombre d’incriminations reposent sur des termes scientifiques non définis. PROTHAIS déplore par exemple le fait que l’article 511-15 du Code pénal ne définisse pas le terme d’« eugénisme » et se contente de se référer au « fait de mettre en œuvre une pratique tendant à l’organisation de la sélection des personnes »⁵⁰⁵. Ce terme reçoit une définition plus complète à l’article 16-4 du Code civil⁵⁰⁶, qui précise qu’il s’agit d’une atteinte à l’« intégrité de l’espèce humaine » et laisse apparaître que cet acte s’entend de manipulations génétiques⁵⁰⁷. L’auteur souligne également l’inaccessibilité des formules médicales ou scientifiques, au risque « que la détermination de ces infractions se trouve soumise à l’appréciation de ceux qui sont susceptibles de les commettre »⁵⁰⁸.

La lisibilité du droit pénal de la bioéthique est également victime de l’absence de définition de nombreuses notions médicales, pourtant indispensables à la délimitation des conditions d’illicéité d’un acte⁵⁰⁹. En matière d’expérimentation sur la personne humaine par exemple, à l’instar de la majorité des infractions relevant de la bioéthique les termes de « nécessité médicale » ou « thérapeutique » sont inévitablement laissés à l’appréciation des

⁵⁰³ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 360. Du même auteur, voir « Les tribulations de la santé comme valeur sociale pénalement protégée », in *Mélanges Marie-France Callu*, LexisNexis, 2013, p. 591 s.

⁵⁰⁴ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 360 : « On peut y voir les règles de morale qui encadrent des pratiques de nature scientifique ou médicale constitutives de la biomédecine, ou alors, plus simplement, la morale des sciences biologiques et médicales ». En ce sens, voir également A. PROTHAIS, « Tribulations d’un pénaliste au royaume de l’éthique biomédicale », art. préc.

⁵⁰⁵ A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 48. En ce sens, voir également M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 394.

⁵⁰⁶ A. PROTHAIS, « Tribulations d’un pénaliste au royaume de l’éthique biomédicale », art. préc., spéc. n° 11.

⁵⁰⁷ Article 16-4 al. 3 du Code civil : « sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».

⁵⁰⁸ A. PROTHAIS, « Tribulations d’un pénaliste au royaume de l’éthique biomédicale », art. préc.

⁵⁰⁹ En ce sens, voir par exemple M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 395.

professionnels, autrement dit aux auteurs potentiels de ces infractions⁵¹⁰. Plus encore, certaines incriminations sont tellement vastes ou, au contraire, restrictives, que les auteurs disposent de multiples moyens de contourner les interdictions.

203. Les incriminations de type ouvert ou à portée limitée – L'étude des écrits de P. MISTRETTA révèle les difficultés soulevées par les incriminations « de type ouvert », contenant des termes très vagues et permettant d' « élargir le spectre de la répression ». Il en va de même au vu des « incriminations réitérées », réprimant un comportement identique dans deux Codes distincts⁵¹¹. À l'inverse, certaines incriminations sont à portée limitée ou du moins ne se distinguent pas par leur logique. Le clonage reproductif actif et le clonage passif constituent par exemple des infractions dont les modalités constitutives sont critiquables⁵¹², et manquent de logique quant à leur contenu⁵¹³. Le clonage reproductif actif consiste en un acte de commission car le texte ne vise qu'une « intervention ». De surcroît, seules les interventions ayant pour but de faire naître un être génétiquement identique à un autre sont incriminées, ce qui amènerait l'auteur de l'acte à déduire que le fait de créer un être qui ne serait pas exactement identique n'est pas incriminé. Au regard de ces constats, l'élaboration du droit pénal de la bioéthique ne peut que paraître instable et cette impression se renforce à l'étude des sanctions de ces comportements déjà flous.

2) *Les sanctions déconcertantes des infractions*

204. Les divergences de sanctions entre les textes spéciaux et les textes généraux – À défaut de pouvoir se rapporter aux définitions des infractions pour comprendre la logique de ce droit, il serait souhaitable de pouvoir se référer aux sanctions qui leur sont rattachées. Pourtant, l'étude de ces sanctions ne laisse apparaître que peu d'harmonisation et de cohérence. Par exemple, l'article 511-3 du Code pénal réprime « le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues à l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique ». Parmi ces conditions

⁵¹⁰ M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 394 et p. 397.

⁵¹¹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 44 s. L'auteur prend comme exemple l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée, réprimée en termes identiques à l'article 223-10 du Code pénal et à l'article L. 2222-1 du Code de la santé publique. Voir *supra* n° 197.

⁵¹² P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 376.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 378 s.

figurent l'intérêt thérapeutique du donneur et le recueil de son consentement. Si cette condition n'est pas respectée l'auteur encourt, sur le fondement de l'article 511-3 du Code pénal, une peine de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. Parallèlement, le comportement répond également à l'infraction de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, dont la sanction encourue s'élève à dix ans et 150 000 euros d'amende. Autrement dit, comme il l'a été démontré plus avant⁵¹⁴ la répression issue du texte général se montre plus efficace que la peine attachée au texte spécial, ce qui fait douter de l'utilité de ce dernier. Le fait que ce texte revête une qualification spéciale ne modifie en rien ce raisonnement car l'objectif du législateur reste la répression de l'atteinte aux valeurs sociales protégées, plus efficace sous la qualification de violences ayant entraîné des mutilations ou une infirmité permanente. La compilation des textes précédemment déplorée ne se montre pas non plus pertinente sur un plan substantiel. À défaut d'être lisible, cette prolifération d'incriminations aurait pu se montrer à tout le moins efficace sur le plan de la répression. L'utilité des textes spéciaux est mise en doute mais la cohérence des peines encourues également.

205. L'absence d'harmonisation de la gravité des peines – Les difficultés à comprendre les objectifs du législateur proviennent également des divergences dans la gravité des peines, établies selon l'objet de l'acte délictueux. L'infraction précitée de prélèvement d'organe sans consentement est punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, tandis que le même comportement portant sur des tissus, cellules, produits ou gamètes est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende⁵¹⁵. Faut-il y voir une prise en considération de la partie du corps humain touchée, un consentement plus valorisé qu'un autre ou plus simplement une « absence de réflexion d'ensemble sur la matière »⁵¹⁶ ? Certains auteurs considèrent que les sanctions sont liées à la gravité du comportement⁵¹⁷, donc il faudrait déduire de cet exemple que le prélèvement d'un organe est d'une gravité plus importante que le prélèvement de tissus ou de cellules. Autrement dit, la partie du corps lésée conditionnerait la répression car des actes de même nature sont sanctionnés différemment.

⁵¹⁴ Voir *supra* n° 117 s.

⁵¹⁵ Article 511-5 du Code pénal.

⁵¹⁶ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 364.

⁵¹⁷ Voir par exemple A. GIUDICELLI, « Le droit pénal de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 87.

À l'inverse, des actes de nature différente sont punis de manière identique. Par exemple, sont sanctionnés de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende le fait d'obtenir un organe contre un paiement⁵¹⁸, ainsi que le fait de prélever un organe sans avoir respecté certaines conditions contenues dans le Code de la santé publique⁵¹⁹. De manière générale, l'ensemble laisse apparaître une pénalisation importante d'infractions dont les éléments constitutifs ne sont pas définis⁵²⁰.

Plus encore, P. MISTRETTA relève par exemple que la tentative d'expérimentation illicite sur un embryon humain est réprimée et non la tentative d'expérimentation illicite sur la personne humaine. L'auteur relève également que le clonage reproductif actif est une infraction quasi imprescriptible, alors que le clonage passif ou thérapeutique est une « infraction délictuelle sanctionnée au nom d'une certaine "éthique biomédicale" dont on a bien du mal à cerner les contours »⁵²¹. Par ailleurs, le législateur opère une distinction entre le clonage thérapeutique et les autres formes de clonage pour varier les sanctions en fonction du mobile⁵²², alors qu'il aurait pu sanctionner la technique de clonage en elle-même. Enfin, si le clonage reproductif actif est puni de trente ans de réclusion criminelle et 7 500 000 euros d'amende, l'on constate non sans surprise que le clonage passif n'est sanctionné que de dix ans d'emprisonnement⁵²³. Il n'est donc pas opportun de se référer aux peines rattachées aux incriminations afin d'opérer un classement qui reste, de ce fait, empreint d'incertitudes.

206. L'incertitude des critères de classement des incriminations – Certains auteurs s'interrogent sur la pertinence d'un classement effectué en fonction de la gravité de la peine encourue⁵²⁴ car toutes ces incriminations constituent des délits. L'importance de la sanction ne peut donc constituer un critère de référence pertinent⁵²⁵. Au regard des différents objets de

⁵¹⁸ Article 511-2 du Code pénal.

⁵¹⁹ Article 511-3 du Code pénal.

⁵²⁰ M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 395.

⁵²¹ P. MISTRETTA, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », art. préc.

⁵²² P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 375.

⁵²³ *Ibid.*, p. 382. L'auteur ajoute qu'« à tout le moins, il aurait fallu prévoir pour sanctionner le clonage reproductif passif une qualification criminelle qui aurait présenté l'avantage d'être moins distante de la qualification délictuelle retenue ». Il soulève la même remarque concernant le délit de provocation au clonage reproductif passif qui n'est réprimé que de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

⁵²⁴ En ce sens, voir par exemple A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », art. préc.

⁵²⁵ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 364. *Contra*, voir J.-CH. GALLOUX, « L'indemnisation du donneur vivant de matériel biologique », *RDSS* 1998, p. 1 s., spéc. p. 6 : « si elles concernent tous les types de matériels biologiques d'origine humaine, les sanctions pénales sont graduées selon leur importance physiologique, c'est-à-dire selon la gravité de l'atteinte corporelle que leur prélèvement est susceptible de leur causer ».

protection des dispositions propres à la bioéthique contenues dans le Code pénal (espèce humaine, dignité ou encore intégrité physique), la tâche se montre peu aisée dès lors que ces incriminations doivent être organisées⁵²⁶. M. BENEJAT-GUERLIN conclut également que le bien juridique protégé ne peut être un critère de classification car il « paraît en réalité impossible de distinguer véritablement les infractions portant défense de l'espèce humaine, c'est-à-dire ayant pour objet le support biologique de l'humanité, de celles plus individuelles, portant sur l'être humain. Raisonner sur la valeur protégée semble donc chose vaine »⁵²⁷. Ensuite, raisonner sur le plan du Code pénal ne semble pas davantage opportun car, par exemple, le clonage est incriminé à la fois au titre des atteintes à l'espèce humaine et au titre des infractions en matière d'éthique biomédicale⁵²⁸. Autrement dit, la norme pénale ne se distingue pas par son accessibilité, ni sur le fond ni sur la forme, d'où il découle « une véritable aversion de la bioéthique pour la légalité criminelle »⁵²⁹.

Au regard de tant d'incohérences le doute s'insinue quant à l'opportunité de créer autant d'incriminations, en réaction aux pratiques biomédicales jugées dangereuses. La norme pénale devient peu à peu subsidiaire et suffoque sous le poids d'un droit de la bioéthique trop spécifique pour ne mériter qu'une intégration partielle en droit pénal. Dès lors, un choix s'impose entre l'insertion, dans le Code pénal, de la totalité des dispositions relatives à l'éthique ou, au contraire, l'exploitation du droit pénal commun si celui-ci est apte à répondre aux besoins de la bioéthique.

B. L'opportunité contestable d'un droit pénal de la bioéthique

207. La remise en cause du droit pénal de la bioéthique – Les nombreuses imperfections qui entachent et déprécient le droit pénal de la bioéthique conduisent à s'interroger sur l'utilité d'une norme pénale nouvelle et sur la nécessité d'intégrer ce sous-ensemble dans le droit pénal commun⁵³⁰. Ce dernier s'étant jusqu'ici présenté comme un droit

⁵²⁶ M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc. Dans le même sens, voir A. GIUDICELLI, « Le droit pénal de la bioéthique », art. préc.

⁵²⁷ M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc.

⁵²⁸ *Ibid.*, spéc. p. 393.

⁵²⁹ A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 48.

⁵³⁰ Le « droit pénal de la bioéthique » se définit comme « un droit pénal spécial propre à la bioéthique doté de ses propres concepts et dérogoire au droit pénal commun », M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 393.

auxiliaire au droit de la bioéthique, cette absence d'autonomie pourrait s'expliquer par le fait que ce qui constitue actuellement le droit pénal de la bioéthique se suffit peut-être à lui-même. Néanmoins, puisque le corps humain véhicule des valeurs sociales protégées qui sont elles-mêmes la *ratio legis* des dispositions du droit pénal de la bioéthique, cette théorie s'effrite aussitôt. Si, en effet, les incriminations du Livre V du Code pénal s'organisent autour des mêmes valeurs sociales protégées que celles contenues dans le Livre II, l'opportunité d'un droit pénal de la bioéthique ne pourra qu'être remise en cause⁵³¹.

208. Annonce de plan - L'étude du droit pénal de la bioéthique actuel confortera ces doutes. Si la bioéthique semble prendre l'ascendant sur le droit pénal commun (1), il convient d'aller au-delà des apparences, en réalité trompeuses (2).

1) *L'ascendance apparente de la bioéthique sur le droit pénal*

209. L'assise considérable de la bioéthique – Il a été constaté jusqu'ici que les difficultés rencontrées tiennent essentiellement à la spécificité de la matière. PROTHAIS qualifie la bioéthique de « triomphante » car « elle s'organise en elle-même, à sécréter ses propres normes juridiques, à se constituer son propre empire juridique au détriment des autres disciplines. Les dispositions pénales spéciales n'apparaissent que comme le prolongement sanctionnateur des règles de bioéthique »⁵³². Cette branche du droit a pour objectif d'encadrer les pratiques scientifiques et ce au regard de l'éthique. Autrement dit, sa spécificité et son évolution sont inéluctables au regard de la matière scientifique qui en est l'objet. Accentuer ce mouvement ne ferait qu'affirmer ce « droit pénal à deux vitesses » déjà en vigueur, un pour les spécialistes et un autre pour les profanes⁵³³. Toujours selon cet auteur, le problème viendrait

⁵³¹ Pour une contribution récente, voir J. PRADEL, « Le droit pénal médical : d'où vient-il et où va-t-il ? », in P. MISTRETTA (dir.), *Le droit français à l'aune du droit comparé : pour un droit pénal médical rénové ?* Actes du colloque des 13 et 14 avril 2017, Lyon 3, LGDJ, 2017, p. 213 s.

⁵³² A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 43. Cet auteur exhorte à reconnaître la « nécessité de créer un droit pénal spécifique pour les besoins de la bioéthique qui échapperait au droit pénal usuel de la vie humaine ». Voir également, du même auteur, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », art. préc., spéc. n° 17 : l'auteur recommandait déjà à l' « interprète pénaliste de s'émanciper le plus possible du Code de la santé publique ». Le juge serait bien obligé de statuer même en cas de doute et devrait en venir à faire preuve d'une réelle autonomie dans l'interprétation. En conséquence, le législateur serait obligé d'améliorer les textes.

⁵³³ *Ibid.*, spéc. n° 25. L'auteur souligne les rapprochements qui peuvent être effectués entre les infractions du Livre V et celles d'un droit pénal commun mais opte pour un « droit pénal de la vie humaine » car « cela permettrait d'échapper aux discussions sémantiques interminables au terme de « 'personne' » ».

également du fait que le législateur possède une vision archaïque du droit pénal, en le considérant comme un droit pénal subsidiaire et simplement sanctionnateur⁵³⁴. En conséquence, le droit pénal technique rabaisse le droit pénal au rang d'instrument au service d'autres branches du droit⁵³⁵. Partant, il est difficile d'argumenter en faveur d'une reconnaissance d'un droit pénal de la bioéthique. Dépendant de la bioéthique en elle-même, le droit pénal restera son auxiliaire et les critiques qu'il subit ne feront que s'accroître au fur et à mesure des dispositions à venir. Enfin, ce caractère sanctionnateur se traduit également par les incriminations elles-mêmes car, lorsqu'il s'agit de cumuler le droit pénal commun avec les dispositions encadrant la bioéthique, il en résulte que la présence de celles-ci est superfétatoire. De plus, la bioéthique édicte ses propres règles et ne semble pas voir son existence conditionnée par son intégration en droit pénal.

210. La dépenalisation croissante du droit pénal de la bioéthique – Paradoxalement, la prolifération des incriminations n'a pas empêché la bioéthique de se développer par elle-même. M. BÉNÉJAT-GUERLIN constate, à l'instar d'autres auteurs, qu'un mouvement de « dépenalisation de la bioéthique » est en marche⁵³⁶. Les incohérences formelles des incriminations, comme le peu de dispositions pénales bioéthique édictées au regard de l'étendue de la matière, y contribuent. Ensuite, la bioéthique ne s'embarrasse pas du droit pénal pour faire son chemin, notamment en ce qu'elle « recèle ses propres faits justificatifs »⁵³⁷. Ainsi, la nécessité médicale vient faire échec à la qualification de violences qui s'imposerait à la moindre intervention médicale. De la même manière, c'est la conciliation entre l'intérêt des personnes et la nécessité des recherches qui neutralise le droit pénal. Autrement dit, même si les efforts déployés par le législateur pénal laissent à penser que son intégration en droit pénal est indispensable pour qu'elle puisse être efficiente, il semblerait que la bioéthique s'est construit un système indépendant et autosuffisant. Son ascendance sur le droit pénal n'est cependant qu'illusoire, d'autant qu'elle peut être intégrée au droit pénal commun.

⁵³⁴ A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. n° 17.

⁵³⁵ En ce sens, voir par exemple G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », art. préc., spéc. p. 15. Selon l'auteur, le droit pénal est un droit auxiliaire dans le domaine de la santé « hormis quelques dispositions de droit pénal général et certaines incriminations traditionnelles, la répression pénale n'a été conçue que comme un instrument au service de règles ou de principes posés par d'autres droits (plus particulièrement droit de la santé publique, droit civil) ».

⁵³⁶ M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 397.

⁵³⁷ *Ibid.*, spéc. p. 396.

2) *L'ascendance trompeuse de la bioéthique sur le droit pénal commun*

211. L'absorption des incriminations spéciales à la faveur du droit pénal commun –

Si le droit pénal commun et le droit pénal de la bioéthique coexistent et que le corps n'est pas une valeur sociale protégée, il pourrait arriver que plusieurs qualifications s'appliquent pour un même acte, qui ne lèserait alors qu'une seule valeur. L'exemple du prélèvement d'organes sans le consentement de l'intéressé⁵³⁸ est une fois de plus éloquent. Dans ce cas, il sera démontré que deux qualifications sont envisageables : celle de prélèvement sans consentement mais également celle de violences ou tortures et actes de barbaries. À l'analyse, ces qualifications peuvent dans un premier temps apparaître comme exclusives, d'abord au regard de l'unité d'intention et de temps qui les unit. L'atteinte à la « valeur sociale corps », contenue à l'article 511-3 du Code pénal, découlerait de l'atteinte à la « valeur sociale intégrité physique » rattachées aux violences ou tortures et actes de barbarie. Or, dans ce cas « seule la qualification applicable à l'infraction d'origine doit être retenue, parce que l'infraction conséquente est dénuée d'élément moral propre »⁵³⁹. L'intention de prélever un organe sans consentement ne peut que rejoindre l'intention d'attenter à l'intégrité physique, l'obtention de l'organe n'étant que le mobile de l'acte. Il ne dispose par conséquent d'aucun poids dans la qualification de l'infraction.

Ensuite, certaines qualifications sont dites « absorbantes »⁵⁴⁰ lorsqu'un acte constitue de prime abord plusieurs faits infractionnels, donc plusieurs qualifications, dont l'une est plus étroite. Dans ce cas, O. DECIMA explique que « la loi qui n'envisage l'action sous tous ses aspects doit être préférée à celle qui n'en embrasse que certains. Surtout, la légalité criminelle impose de qualifier adéquatement les faits : il n'appartient pas aux juges d'amputer l'action d'une partie de sa criminalité »⁵⁴¹. La qualification de violences ou de tortures et actes de barbarie, plus étendue que celle de prélèvement sans consentement, absorberait donc cette dernière qualification. En effet, O. DECIMA explique que le fait infractionnel absorbé n'a dans

⁵³⁸ Le corps humain apparaît en effet explicitement à travers l'organe car l'article 511-3 al. 1^{er} du Code pénal dispose que « le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci n'ait été recueilli... ».

⁵³⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 241.

⁵⁴⁰ Voir notamment PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 138 s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 245 s.

⁵⁴¹ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., p. 227. L'auteur s'appuie sur la théorie de VON LISZT, à l'origine de cette règle. Voir VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, traduit par R. LOBSTEIN, Giard et Brière, 1911, p. 355 s.

ce cas aucune « autonomie matérielle » et que « pour déterminer si une qualification est “absorbante”, il convient de comparer les définitions abstraites et les faits infractionnels. Si le contenu notionnel de l’un est tel qu’il peut englober celui de l’autre et qu’il suffit à épuiser les éléments concrets de l’action, alors il doit être considéré comme absorbant »⁵⁴². Les violences ou les tortures et actes de barbarie ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente n’étant pas, par principe, consentis, ils englobent inévitablement le prélèvement sans consentement, qui se matérialise lui aussi par une atteinte à l’intégrité physique. Il en résulte que ce dernier n’est pas distinct des qualifications générales et ne fait donc preuve d’aucune autonomie.

Toutefois, de manière générale, les qualifications contenues dans le Livre V du Code de la santé publique pourraient être perçues comme des qualifications spéciales. Le prélèvement d’organes sans consentement l’emporterait donc sur les infractions de violences ou de torture et actes de barbarie. Toutefois, la sévérité de la sanction des tortures et actes de barbarie pourrait inverser le sens de cette conclusion. En effet, le prélèvement d’un organe constitue une mutilation, donc la qualification de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente⁵⁴³ s’appliquerait. Cette infraction est sanctionnée d’une peine de dix ans d’emprisonnement et 150 000 euros d’amende. Surtout, si les faits sont constitutifs de tortures et actes de barbarie ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, la peine est de trente ans de réclusion criminelle⁵⁴⁴. En d’autres termes, sous ces qualifications, ces faits seraient réprimés plus sévèrement que le prélèvement d’organes sans consentement, dont la sanction s’élève à sept ans et 100 000 euros d’amende. Or, dans ce cas, une partie de la doctrine considère qu’il faudrait condamner l’auteur sur la qualification emportant la peine la plus sévère⁵⁴⁵, notamment lorsque l’une constitue un délit et l’autre un crime⁵⁴⁶. Transposé à cette situation, le raisonnement conduirait à retenir une des deux qualifications générales plutôt que

⁵⁴² O. DECIMA, *L’identité des faits en matière pénale*, op. cit., p. 227. L’auteur s’appuie notamment sur un arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1965, par lequel elle a refusé de condamner l’auteur pour l’abattage des arbres et le vol du bois, « le même fait étant inclus dans les agissements reprochés au demandeur sous la qualification de vol ». O. DECIMA explique que « l’abattage n’est qu’un élément de la soustraction, qui suppose l’appréhension matérielle de la chose ». Voir Cass. crim. 10 février 1965, *Bull. crim.* 1944 ; *RSC* 1965, p. 871, obs. LEGAL. Pour davantage de développements, notamment quant aux conséquences sur l’autorité de la chose jugée, voir O. DECIMA, *L’identité des faits en matière pénale*, op. cit., p. 229 s. Voir également X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 245 : cette hypothèse se présente « lorsqu’une infraction est le moyen de la perpétration d’une autre ».

⁵⁴³ Article 222-9 du Code pénal.

⁵⁴⁴ Article 222-5 du Code pénal.

⁵⁴⁵ En ce sens, voir PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 139.

⁵⁴⁶ Cass. crim. 12 juin 1958, *Bull. crim.* n° 457 (le crime de mensonge commis par un fonctionnaire dans l’exercice de ses fonctions a été retenu au détriment du délit d’usage d’un faux figurant dans une écriture publique).

la qualification spéciale. Si cette démarche peut paraître critiquable au regard des objectifs du législateur, concentrés sur une répression accrue et symbolique des atteintes au corps au travers du consentement⁵⁴⁷, ceux-ci seraient toutefois atteints en ce sens que la répression serait plus élevée. En outre, ce serait là appliquer la règle qui consiste, pour un même fait répondant à plusieurs qualifications, à retenir celle qui exprime les faits sous leur plus haute expression pénale. Pour reprendre les propos de O. DECIMA à ce sujet, cette règle « vise en effet à prendre en considération la gravité respective des infractions, et, ce faisant, à favoriser la plus grande protection sociale possible. [...] D'un point de vue des valeurs sociales protégées, il serait inexact de punir un fait d'une peine inférieure à celle qu'il pourrait entraîner. Ce serait en effet nier la gravité de l'atteinte »⁵⁴⁸.

Enfin, il pourrait être objecté à cette démonstration que l'article 511-3 du Code pénal réprime le prélèvement effectué sans avoir recueilli le consentement dans les conditions exigées par le Code de la santé publique. Sur ce point, les éléments constitutifs diffèrent des violences ou des tortures et actes de barbarie et il faudrait alors envisager un concours réel d'infractions. Il n'en est rien en réalité car malgré cette divergence le résultat ne diffère pas des atteintes à l'intégrité physique. Tout au plus cet acte aura entraîné une violation des conditions de recueil du consentement, soit une infraction au non-respect des dispositions légales induite par le prélèvement. Il en va donc de même avec tous les articles réprimant un comportement similaire et portant sur d'autres parties du corps humain⁵⁴⁹. En outre, il sera démontré que la plupart des articles codifiés au sein de ce Livre V pouvant semer le doute quant à la qualification de valeur sociale ne sont en réalité que des dispositions relevant d'un droit pénal technique, dont la présence dans le Code pénal est contestable⁵⁵⁰. En revanche, il faut admettre que certaines qualifications isolées comme la cession d'organes⁵⁵¹, tissus ou cellules⁵⁵² à titre onéreux, maintiennent l'incertitude quant à l'existence d'une « valeur sociale corps ». En effet, aucune autre qualification peut entrer en conflit avec ces dernières donc l'hésitation est permise quant à l'inadaptation de cette qualité, qui sera toutefois rapidement levée⁵⁵³. Il en ressort que lorsque

⁵⁴⁷ Voir *infra* n° 342 s.

⁵⁴⁸ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., p. 420. L'auteur nuance cependant son propos en mettant en garde contre un usage abusif de ce critère, qui pourrait amener à se substituer au législateur.

⁵⁴⁹ Articles 511-5 (tissus, cellules et cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse) et 511-6 du Code pénal (gamètes).

⁵⁵⁰ Voir *infra* n° 184 s.

⁵⁵¹ Article 511-2 du Code pénal.

⁵⁵² Article 511-4 du Code pénal.

⁵⁵³ Voir *infra* n° 111 s.

le corps personnifié apparaît explicitement dans le Code pénal et que l'atteinte qui lui est portée dans ces hypothèses ne lèse qu'une seule valeur sociale, les conflits de qualifications se résolvent par l'application d'une qualification générale. En d'autres termes, ces incriminations spéciales n'ont que peu d'intérêt, tout comme la consécration du corps comme valeur sociale protégée.

La sanction rattachée à l'incrimination spéciale n'est pas prononcée, ce qui remet en cause l'utilité de ce texte spécial⁵⁵⁴. En outre, les incriminations générales comportent des peines principales et complémentaires généralement plus élevées, diminuant l'intérêt des incriminations spéciales, qui ne devraient être appliquées que de façon exceptionnelle. Enfin, l'efficacité d'une incrimination se mesure également à sa transgression. Le texte étant édicté pour prévenir un résultat redouté, si aucune infraction ne parvient à ce résultat peut-être faut-il remettre en cause la nécessité de ce texte. Or, il est à noter que la jurisprudence en la matière est, à tout le moins aux termes de cette étude, inexistante. Aucune infraction aux dispositions pénales réprimant spécifiquement des comportements commis dans le domaine de la bioéthique n'est à relever, aussi peut-on douter de l'opportunité de ces incriminations. La plupart des auteurs appellent donc à la réforme de la matière⁵⁵⁵, par le rattachement des dispositions existantes au droit pénal commun.

212. Le regroupement des valeurs sociales protégées – Il a été précédemment démontré que les incriminations prenaient leur source dans la volonté de protéger certaines valeurs sociales, jugées importantes pour une société à un moment précis. La question du rassemblement dans un droit pénal commun peut dès lors être étudiée sous l'angle des valeurs déjà portées par le nouveau Code pénal. Un éclatement des valeurs semble en effet peu propice à l'effectivité des objectifs du législateur. Il est vrai que le Livre V du Code pénal est « en principe destiné à accueillir des dispositions pénales techniques issues d'autres Codes ou de lois spéciales »⁵⁵⁶ mais il a été constaté que ce choix est inopportun, d'autant que le droit pénal semble déjà remplir sa fonction en réprimant les atteintes à l'intégrité physique d'autrui.

⁵⁵⁴ L. CIMAR, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois “bioéthiques” », art. préc., spéc. p. 323.

⁵⁵⁵ Voir notamment P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.* ; A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc. Pour une position plus nuancée, voir M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc..

⁵⁵⁶ L. CIMAR, « Réflexions sur les dispositions pénales des lois “bioéthiques” », art. préc., spéc. p. 308.

En réalité, les incriminations contenues dans le Livre V véhiculent implicitement des valeurs relatives au consentement, à l'intégrité physique ou à la vie⁵⁵⁷, soit des valeurs sociales bénéficiant à la personne humaine ou, plus largement, à l'humanité ainsi qu'à l'espèce humaine⁵⁵⁸. Ainsi, comme il a été précédemment observé, le prélèvement d'organes, tissus ou cellules n'est autre qu'une atteinte à l'intégrité physique, tout comme l'eugénisme constitue une atteinte à l'espèce humaine. Partant, le Livre V ne fait que donner l'illusion que plusieurs valeurs sont protégées, alors que le Livre II du Code pénal semble plus adapté pour accueillir ces incriminations dont la finalité rejoint celles, bien établies, du droit pénal commun⁵⁵⁹. J.-F. SEUVIC le soulignait déjà peu après les lois de 1994, en expliquant que « le contenu du Livre V se révèle décevant, car la vraie protection du corps humain se situe [...] au sein des infractions d'atteinte à l'intégrité physique »⁵⁶⁰.

Malgré la volonté du législateur de créer un ensemble cohérent, tendant à une répression efficace des valeurs sociales menacées par les comportements attentatoires à l'éthique, la construction de l'arsenal législatif laisse perplexe.

213. Conclusion de la Section 1 – Il est indéniable que le droit pénal a multiplié les efforts afin de réprimer et contenir les atteintes causées à l'humain par la science. Au vu des critiques qui ont été établies tant sur la forme que sur le fond, les doutes concernant son effectivité se confirment car l'intégration de la bioéthique en droit pénal a été réalisée de façon désordonnée. Sur le plan formel, la prolifération d'incriminations, dont certaines constituent des doublons, entrave l'accessibilité du droit pénal de la bioéthique. Les particularités de la matière nécessitent de faire appel à d'autres branches du droit mais ce qui ne devrait être qu'un point d'appui pollue les dispositions pénales et nuit à leur clarté. Sur le plan substantiel, les éléments constitutifs des infractions sont peu définis. Or, l'encadrement des activités scientifiques a nécessairement pour objet des pratiques spécifiques, dont l'ignorance rend l'incrimination parfois illisible pour le profane. Plus encore, l'étude de la répression de ces infractions s'est révélée déconcertante car l'on voit mal pourquoi certains comportements,

⁵⁵⁷ A. PROTHAIS emploie d'ailleurs l'expression « droit pénal de la vie humaine » qu'il juge mieux adaptée que « droit pénal de la bioéthique », A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », art. préc.

⁵⁵⁸ Sur ce point, voir *supra* n° 129 s.

⁵⁵⁹ Pour une proposition d'organisation des incriminations contenues dans le Livre V, voir *infra* n° 336, n° 340 et n° 342 s.

⁵⁶⁰ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain comme valeur sociale pénalement protégée », art. préc., spéc. p. 379.

identiques au demeurant, sont réprimés de façon différente. Enfin, la tentation est grande de reconnaître pleinement l'existence d'un droit pénal de la bioéthique et ainsi compléter les lacunes décelées. Cependant, l'analyse de certaines incriminations laisse apparaître une faible utilité des textes spéciaux, notamment parce que le droit pénal commun et le droit pénal de la bioéthique véhiculent des valeurs sociales communes. Cette étude a donc conclu à l'opportunité d'un rassemblement des dispositions relatives à la bioéthique sous l'égide du droit pénal commun de la personne humaine.

C'est donc en toute logique que ces difficultés prennent davantage d'ampleur lorsque le droit pénal doit faire face à de nouvelles formes d'infractions. En effet, le corps humain poursuit son ascension en droit pénal de la personne et contraint ce dernier à évoluer.

Section 2 : L'étroitesse du droit pénal de la personne humaine

214. L'évolution contrainte du droit pénal au regard des atteintes commises sur autrui – Le corps humain émerge également sur la scène juridique et manifeste les limites du droit pénal de la personne. Il vient en effet déstabiliser les schémas de certaines infractions et met en lumière certaines insuffisances du droit pénal de la personne. Les exemples sont nombreux, aussi illustrera-t-on ces développements avec les hypothèses dans lesquelles soit le droit pénal se montre particulièrement inadapté, soit sera poussé à évoluer pour ne pas l'être à l'avenir.

Si le corps biologique a été présenté jusque-là comme un outil de recherche scientifique au service de la personne, il représente désormais un moyen de lui porter atteinte. Il peut par exemple constituer un outil de commission de l'infraction, puisque des violences peuvent être commises à l'aide du poing ou du pied de l'auteur. Ces hypothèses sont fréquentes et ne constituent pas un obstacle ni une difficulté particulière à la qualification de l'infraction. Néanmoins, les scandales apparus ces dernières années et notamment celui du sang contaminé ont déstabilisé le droit pénal, peu habitué à des infractions commises à l'aide de substances humaines.

215. L'évolution contrainte du droit pénal au regard des atteintes consenties – De même, les progrès de la science dont il a été fait état plus avant entraînent peu à peu l'individu

vers une maîtrise toujours plus importante de son corps, ce qui conduit à une modification progressive du rapport que la personne entretient avec celui-ci. Ainsi, l'homme peut désormais subir de nombreuses transformations, comme le transhumanisme le permet, ce qui affecte la structure de la personne humaine et, par extension, le droit pénal de la personne. De la même manière, l'homme revendique la libre disposition de son corps à travers certaines pratiques qui font particulièrement débat, comme la gestation pour autrui et la fin de vie. Il faut alors s'assurer que la réponse pénale donnée aux infractions qui en découlent, lorsqu'elle existe, est appropriée. Il apparaît en effet que l'autonomie personnelle occupe une fonction dans l'infraction et ce phénomène crée des contextes particuliers auxquels il est difficile de donner une réponse pénale appropriée⁵⁶¹.

216. Annonce de plan – Il ressortira de ces développements que le corps humain influe grandement sur la constitution de certaines infractions, au point que certaines incriminations menacent de devenir trop étroites. Parallèlement, il dénote certaines défaillances dans la répression de comportements délictueux spécifiques. L'utilisation des éléments et produits du corps (§1) ainsi que l'influence de l'autonomie personnelle (§2) dans la commission de l'infraction contribuent à l'étroitesse du droit pénal de la personne.

§ 1 - L'utilisation des éléments et produits du corps dans la commission de l'infraction

217. Le droit pénal face à la contamination par des substances humaines – L'utilisation des éléments et produits du corps humain perturbe la définition des éléments constitutifs de certaines infractions dont la personne est victime. Ces considérations se portent plus particulièrement sur les infractions de « contamination », soit les infractions dont l'élément matériel repose sur l'administration d'une substance dans le corps d'autrui. La qualification des infractions d'empoisonnement ou d'administration de substances nuisibles ne comportait jusque-là pas ou peu d'obstacles car la nature de cette substance était connue ou, à tout le moins, il était possible de déterminer si elle comportait un caractère nuisible ou mortifère. Tel n'est pas le cas des produits du corps humain, dont la composition est parfois incertaine et, surtout, évolutive car elle appartient au vivant. Par conséquent, la matérialité constitutive de l'infraction

⁵⁶¹ Pour davantage de développements sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre II.

se doit d'être évolutive également. Or, afin que ces nouvelles formes de criminalité soient réprimées efficacement il faudrait que les éléments constitutifs du droit pénal commun soient suffisamment malléables. Dans le cas contraire, il conviendrait de faire entrer ces comportements au sein d'autres incriminations relevant du droit pénal commun.

218. Annonce de plan – Les incriminations actuelles semblent peu adaptées dès lors que le domaine de la santé interfère avec le droit pénal. L'étude des quelques affaires qui ont été jugées en la matière révélera les faiblesses du droit pénal face à ces infractions, dont la particularité tient autant à l'outil de la réalisation qu'au contexte dans lequel se sont déroulés les faits. L'étroitesse du droit pénal de la personne sera mise en lumière au travers des substances humaines qui, en ce qu'elles constituent un nouvel outil de commission de l'infraction (A), rendent le droit pénal commun inadapté (B).

A. Les substances humaines, nouvel outil de commission de l'infraction

219. L'évolution de la notion de substance dans la contamination – L'utilisation des éléments et produits du corps humain n'est pas nouvelle puisque l'affaire du sang contaminé a débuté dans les années 1980. Néanmoins, il semblerait que le temps n'ait pas suffi à endiguer les incertitudes et les insatisfactions qui affectent la qualification de l'infraction. En outre, les substances humaines utilisées dans la commission de l'infraction peuvent prendre plusieurs formes, qui sont toutes à l'origine de la même difficulté, à savoir que la survenance du résultat de l'infraction repose sur la notion de risque. Puisque l'empoisonnement est une infraction formelle, cet obstacle devrait être écarté mais le caractère inédit de ces substances déstabilise quelque peu.

220. Annonce de plan - Ces constats sont identiques dans le cas où la contamination survient après l'administration d'un produit de nature humaine (1) ou d'un produit d'origine humaine (2) ayant fait l'objet d'une transformation.

1) *La contamination par un produit de nature humaine*

221. Difficultés liées à l’empoisonnement par le sang – Lorsque la substance utilisée pour un empoisonnement sort de l’ordinaire la qualification de l’infraction s’en ressent. La nature formelle de l’empoisonnement emporte certaines conséquences quant à la preuve de l’élément moral⁵⁶². La mort de la victime étant indifférente à la constitution de l’infraction, l’intention homicide n’a pas à être prouvée. Il suffit de démontrer que l’auteur avait connaissance du caractère mortifère de la substance et qu’il avait la volonté de les administrer à sa victime⁵⁶³. Cette conception a néanmoins subi une remise en cause suite à l’affaire dite du sang contaminé. En l’espèce, plusieurs centaines de malades ont été contaminés par le virus du sida et de l’hépatite B suite à des transfusions sanguines. Le Centre national de transfusion sanguine s’est vu condamné pour tromperie sur la qualité des produits sanguins utilisés pour les transfusions⁵⁶⁴. Dans cet arrêt la chambre criminelle avait laissé entendre que la qualification d’empoisonnement pouvait s’appliquer à ces faits⁵⁶⁵ et d’autres poursuites furent donc engagées sur ce fondement à l’encontre de deux ministres, l’une aboutissant à leur relâche⁵⁶⁶ et l’autre à l’arrêt du 18 juin 2003⁵⁶⁷. Par cet arrêt, la Cour de cassation approuva la décision de non-lieu prononcée par la chambre de l’instruction sur la qualification d’empoisonnement⁵⁶⁸ retenue à l’égard d’une trentaine de responsables. L’arrêt du 18 juin 2003 permet à la chambre criminelle d’établir que l’empoisonnement nécessite une intention de donner la mort et que cette intention

⁵⁶² Y. MAYAUD, « Quel élément moral pour l’empoisonnement ? », art. préc., spéc. p. 781.

⁵⁶³ En ce sens, voir notamment V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 68 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 274 s. ; V. MALABAT ET J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc. *Contra* voir notamment M. DANTI-JUAN, « Sang contaminé, tromperie et empoisonnement. Trop et trop peu n’est pas mesure... », in J. PRADEL (dir.), *Sang et droit pénal. À propos du sang contaminé*, Travaux de l’Institut de Sciences criminelles de Poitiers, vol. XIV, Cujas, 1994, p. 61.

⁵⁶⁴ Cass. Crim. 22 juin 1994, n° 93-83.900 ; Y. MAYAUD, « L’empoisonnement, une logique de mort », *RSC* 1995, p. 347 s. ; A. PROTHAIS, « Les juges correctionnels saisis de la prévention de tromperie ne peuvent sans ajouter à cette prévention retenir une qualification criminelle d’empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts et susceptibles de poursuites séparées », *D.* 1995, jurispr. p. 85 s. ; *JCP G* 1994, II 22310, note M.-L. RASSAT.

⁵⁶⁵ La Cour de cassation a en effet considéré que les juges du fond ayant été saisis de la prévention de tromperie « ont à bon droit déclaré Jean-Pierre X... coupable, ils ne pouvaient, sans ajouter à cette prévention, retenir une qualification criminelle d’empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts, au regard notamment de l’intention coupable essentiellement différente, et qui serait susceptible de poursuites séparées », Cass. crim. 22 juin 1994, n° 93-83.900, arrêt préc. ; A. PROTHAIS, « Les juges correctionnels saisis de la prévention de tromperie ne peuvent sans ajouter à cette prévention retenir une qualification criminelle d’empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts et susceptibles de poursuites séparées », art. préc. Les deux qualifications sont donc cumulables en cas de poursuites séparées.

⁵⁶⁶ *CJR*, 9 mars 1999, n° 99-001.

⁵⁶⁷ Cass. Crim. 18 juin 2003, arrêt préc.

⁵⁶⁸ Ch. inst. Paris, 4 juillet 2002 ; A. PROTHAIS, « Non-lieu dans l’affaire du sang contaminé », *D.* 2003, p. 164 s.

ne pouvait être constituée en l'espèce, faute de certitude quant au caractère mortifère du sang transfusé.

Cette décision a fait l'objet de vives critiques. La qualification d'empoisonnement aurait dû s'appliquer ici car l'empoisonnement nécessite, pour être constitué, une substance « de nature à donner la mort »⁵⁶⁹ et il est inutile de caractériser l'intention homicide car la mort n'est en aucun cas constitutive de cette infraction⁵⁷⁰. La Cour de cassation assimile l'empoisonnement au meurtre⁵⁷¹, faisant fi de la spécificité de la première incrimination. De plus, cette interprétation aboutit à une impunité regrettable car même si le comportement des médecins ne dénotait pas une intention homicide clairement établie, ils étaient conscients du « risque mortifère » des produits. Cette notion de risque mortifère constitue une source de difficultés dans l'opération de qualification de l'infraction, ce qui se confirme lorsqu'il s'agit d'une contamination par le virus du SIDA.

222. La contamination volontaire par le VIH – Il semblerait que cette doctrine de l'incertitude se soit étendue à d'autres cas de contamination par une substance humaine. L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 2 juillet 1998⁵⁷² met à jour une des premières affaires importantes en matière de contamination volontaire du VIH à l'occasion de rapports sexuels. La Haute juridiction ne se prononce pas explicitement sur l'exigence d'une intention

⁵⁶⁹ Article 221-5 du Code pénal.

⁵⁷⁰ V. MALABAT, J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc. : « à l'inverse du meurtre, l'empoisonnement ne devrait pas exiger l'intention de tuer, mais seulement la volonté d'administrer ou d'employer une substance mortifère (acte) en vue d'une intoxication (résultat matériel) ». Dans le même sens, voir Y. MAYAUD, « Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », art. préc., spéc. p. 781 : « adhérer en connaissance de cause à une 'logique de mort', c'est en soi une preuve de l'*animus necandi*, et point n'est besoin de la rechercher par d'autres moyens d'investigation ou de conviction » ; du même auteur, « L'empoisonnement, une logique de mort », *RSC* 1995, p. 347 s. ; A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 52. ; D. REBUT, « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », *D.* 2004, p. 1620 s., spéc. p. 1623 s.

⁵⁷¹ La Cour de cassation précise que l'intention de donner la mort est un élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteintes volontaires à la vie et « écarte ainsi l'argument [...] faisant de l'empoisonnement une infraction spécifique dont l'élément moral, à la différence du meurtre, serait constitué par la seule connaissance du caractère mortifère de la substance administrée et non par l'intention de donner la mort », M. VÉRON, « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », *Droit pénal*, septembre 2003, comm. n° 97.

⁵⁷² Cass. crim. 2 juillet 1998, n° 98-80.529 ; Y. MAYAUD, « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* », *RSC* 1999, p. 98 s. ; A. PROTHAIS, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », *D.* 2001, p. 2053 s., spéc. p. 2053.

homicide⁵⁷³ mais l'exclusion de la qualification d'empoisonnement se dessine, dans la lignée de l'affaire du sang contaminé qui débute alors. Les affaires suivantes ont confirmé ce pressentiment. Dans la première affaire, la cour d'appel a retenu la qualification d'administration de substances nuisibles pour des faits de transmission volontaire du SIDA à l'occasion de relations sexuelles⁵⁷⁴. Cette position fut entérinée à l'occasion d'une seconde affaire⁵⁷⁵, dans laquelle l'auteur a fait accepter à sa compagne des relations sexuelles non protégées en étant conscient d'être porteur du virus du SIDA, contaminant ainsi sa victime. La chambre criminelle a considéré que la cour d'appel l'a condamné à bon droit pour administration de substances nuisibles aggravées par une infirmité permanente, la transmission du SIDA ne pouvant constituer un empoisonnement. Quelle que soit la substance employée, sa nature humaine semble contrarier la qualification des infractions. C'est donc tout naturellement que le même constat sera effectué lorsque la contamination intervient suite à l'administration d'un produit d'origine humaine.

2) *La contamination par un produit d'origine humaine*

223. La contamination par l'hormone de croissance – L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 5 mai 2011⁵⁷⁶ au sujet de l'hormone de croissance alimente également le débat quant à l'adaptation des incriminations de droit pénal commun à des faits relevant du droit pénal de la santé. En l'espèce, entre 1959 et 1988 des enfants souffrant d'insuffisance hypophysaire⁵⁷⁷ furent traités avec de l'hormone de croissance extraite d'hypophyses humaines. Certains de ces enfants furent contaminés par la maladie de Creutzfeldt-Jacob, conduisant à la

⁵⁷³ L'arrêt se contente en effet de casser la décision des juges du fond qui avaient retenu la qualification d'empoisonnement mais pour contradiction et insuffisance de motifs, sans exiger explicitement la preuve d'une intention homicide, voir Y. MAYAUD, « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* », art. préc., p. 98 s. ; A. PROTHAIS, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », art. préc., spéc. p. 2053.

⁵⁷⁴ CA Rouen 22 septembre 1999, JurisData n° 1999-107526 ; A. PROTHAIS, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », art. préc.

⁵⁷⁵ CA Colmar 4 janvier 2005, JurisData n° 2005-259491 ; P. MISTRETTA, « Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal », *RDSS* 2005, p. 415 s., note sous arrêt. Confirmé par Cass. crim. 10 janvier 2006, n° 05-80.787 ; Y. MAYAUD, « L'obligation d'informer de sa séropositivité en cas de relations sexuelles non protégées, ou du relais pénal de l'administration de substances nuisibles », *RSC* 2006, p. 321 s. Cette position a été reprise ultérieurement par la jurisprudence, voir Cass. crim. 5 octobre 2010, n° 09-86.209 ; Cour ass. Paris 28 Octobre 2011 ; Cour ass. Aix-en-Provence 2 octobre 2014 ; Cour ass. Nîmes 8 décembre 2016. Toutefois, le SIDA étant une maladie chronique, la qualification d'empoisonnement ne pourrait être retenue.

⁵⁷⁶ CA Paris 5 mai 2011, arrêt préc.

⁵⁷⁷ Déficience de production des hormones produites par l'hypophyse, glande cérébrale produisant des hormones, elles-mêmes alimentant les grandes fonctions du corps humain.

poursuite des responsables de l'Institut Pasteur et des médecins impliqués dans l'extraction de cette hormone sous la qualification de blessures et homicides volontaires, ainsi que tromperie aggravée. Les deux praticiens relaxés en première instance virent ce jugement confirmé en appel au motif, d'une part, que les faits reprochés n'étaient pas constitutifs « du délit d'homicide ou de blessures involontaires par commission d'une faute délibérée ou caractérisée » et, d'autre part, que l'élément moral des infractions de tromperie et tromperie aggravée n'était pas caractérisé, faute de connaissance du risque de contamination⁵⁷⁸. Le 7 janvier 2014, la Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel en ses dispositions pénales⁵⁷⁹ et l'impunité des praticiens est confirmée, faute de qualification adaptée.

L'arrêt était attendu au regard de la question, d'une part, de la faute caractérisée dans les atteintes non intentionnelles à la vie et, d'autre part, du poids de la connaissance du risque dans la constitution de l'infraction de tromperie. Les parties ont développé la thèse selon laquelle les responsables avaient pratiqué un exercice illégal de la médecine car l'ancien article L. 511-12⁵⁸⁰, applicable au moment des faits, réservait en effet aux pharmaciens cette activité de préparation et dispensation au public des médicaments à usage humain. Si la Cour de cassation se prononce sur la qualification de médicaments à usage humain, il reste néanmoins que la motivation de la cour d'appel sur les dispositions pénales laisse un vide juridique que la Haute juridiction passe sous silence. La seule qualification applicable serait celle d'exercice illégal de la pharmacie, or cela ne réprime en rien une atteinte à la « valeur sociale vie » ou la « valeur sociale santé ». Cette qualification permettrait de sanctionner le non-respect de règles relatives aux professions de santé. P. MISTRETTA notamment, assimile cette affaire à celle du sang contaminé en ce sens qu'elle manifeste « l'impuissance du droit pénal à saisir directement et efficacement les comportements ayant manifesté une hostilité ou une indifférence à la santé

⁵⁷⁸ « Le délit [de tromperie] n'est pas constitué, faute d'élément moral, dès lors qu'il n'est pas établi que le prévenu ait eu conscience de la dangerosité des médicaments distribués », voir CA Paris 5 mai 2011, arrêt préc.

⁵⁷⁹ Cass. crim. 7 janvier 2014, arrêt préc. Les anciens articles L. 511 et L. 512 du Code de la santé publique prévoyaient que « la préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine, notamment de tout produit pouvant être administré à l'homme en vue de restaurer, corriger ou modifier ses fonctions organiques » relevaient du monopole pharmaceutique. Or, la cour d'appel a considéré que l'extraction et la préparation de l'hormone de croissance n'entraient pas dans cette définition. La Haute juridiction a néanmoins cassé l'arrêt de la cour d'appel sur ses dispositions civiles, au motif que l'hormone de croissance relevait de la définition du médicament et se voyait par conséquent soumise à ce régime.

⁵⁸⁰ Article L. 4211-1 nouveau du Code de la santé publique.

comme valeur sociale protégée »⁵⁸¹. Le droit pénal fait montre d'une cruelle inadaptation lorsque le corps émerge en tant que tel sur la scène juridique.

Au regard de ces affaires il semble que la constitution de l'infraction et, par extension, sa qualification, dépendent plus du contexte dans lequel est intervenue l'administration que de la nature de la substance. Cette évolution dans l'appréhension de ces infractions renforce alors inévitablement l'inadaptation du droit pénal commun.

B. Les substances humaines, causes d'inadaptation du droit pénal commun

224. Les spécificités des substances humaines – Le droit pénal commun montre ses limites dès que le corps humain n'est plus perçu uniquement comme un support de la personne humaine. Les exemples précédents ont démontré que les éléments et produits du corps devaient être désormais pris en compte dans les éléments constitutifs, au même titre que n'importe quelle autre substance. Toutefois, il s'agit d'un produit humain, qui relève de ce fait du vivant et qui par conséquent comporte des effets parfois imprévisibles. Ce n'est donc pas tant l'infraction qui est nouvelle que ses éléments constitutifs. Puisqu'ils constituent visiblement un obstacle à la qualification d'empoisonnement, il faudra lors se tourner vers d'autres incriminations de droit pénal commun.

225. Annonce de plan - Cette démarche n'aboutira cependant pas aux résultats escomptés. En effet, l'utilisation de ces substances humaines soulève des difficultés inhérentes aux atteintes commises à l'aide du corps (1), ce qui met en lumière les insuffisances des incriminations de droit pénal commun (2).

1) Les difficultés inhérentes aux atteintes commises à l'aide du corps

226. Les difficultés liées à la nature de la substance – L'absence d'élément moral de l'empoisonnement a fait obstacle à la constitution de cette infraction du fait, semble-t-il, du caractère inédit de la substance. Les substances purement chimiques dont on ne pouvait douter

⁵⁸¹ P. MISTRETTA, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », art. préc.

du caractère mortifère, comme l'arsenic ou le curare paraissent loin. Il s'agit en l'espèce d'un produit humain, d'« un corps vivant ayant son développement propre »⁵⁸², qui déstabilise les certitudes acquises sur l'élément matériel de l'empoisonnement et, par extension, sur l'élément moral. De même, la contamination par le virus du VIH n'emporte finalement aucune particularité sinon celle de la nouveauté. À s'en tenir à la définition de la substance nuisible comme un produit de nature à causer un dommage corporel autre que la mort, la qualification souffre d'incertitudes liées au caractère biologique du virus. La recherche de la matérialité constitutive en est affectée, tout comme celle de l'élément moral lorsque l'on se penche sur le contexte dans lequel ont été commis les faits.

227. Les difficultés liées aux circonstances de l'administration – Il est ensuite nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel se sont déroulés les faits car dans cette affaire, au vu de la relation médecin-patient l'intention homicide est incertaine. Selon D. REBUT, l'exigence d'une intention homicide ayant caractérisé l'affaire du sang contaminé « découle de la qualité de médicament de la substance administrée et du contexte médical de cette administration »⁵⁸³. En effet, la transfusion a eu lieu « en vue de prévenir les risques d'hémorragie » des hémophiles et « au cours d'opérations chirurgicales ». L'auteur en déduit que la situation « n'est pas comparable à celle qui s'observe chez un individu qui administre sciemment un poison mortel et que la spécificité de l'activité médicale commande une caractérisation différente de l'élément intentionnel de l'empoisonnement [...] »⁵⁸⁴. Cette logique s'inscrit donc difficilement dans une relation médecin-patient⁵⁸⁵. Comme le montre D. REBUT « la conscience du médecin qui administre un médicament susceptible d'être mortel est incomparable à celle d'une personne qui administre un poison qui peut donner la mort »⁵⁸⁶. Au surplus, au-delà de la contamination volontaire qui ne laisse aucun doute quant à l'intention de l'auteur, l'on se gardera de sous-estimer l'influence des circonstances ayant contribué à la contamination et affectant l'élément moral. En effet le déni, de la part de l'auteur, de sa propre

⁵⁸² D. MAYER, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 2004, chron. p. 325 s.

⁵⁸³ D. REBUT, « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », art. préc., spéc. p. 1623.

⁵⁸⁴ *Ibidem*. Dans le même sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 juillet 1993 a établi que l'intention homicide peut, certes, se déduire de la connaissance du caractère mortifère mais essentiellement lorsque les circonstances le justifient (ainsi en est-il en cas de conflit entre l'auteur et la victime), CA Paris 13 juillet 1993, JurisData n° 1993-022383, arrêt préc.

⁵⁸⁵ V. MALABAT, J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc.

⁵⁸⁶ D. REBUT, « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », art. préc., spéc. p. 1625.

contamination⁵⁸⁷ rend difficile l'identification de l'élément moral d'autant que le risque de contamination est incertain.

228. Les difficultés liées au risque de contamination – La Cour de cassation exclut le risque de tuer de l'infraction d'empoisonnement⁵⁸⁸, raisonnement qui ne peut que provoquer des incompréhensions au vu de la nature formelle de cette infraction. L'intention découle en réalité de la connaissance du caractère mortifère du produit et surtout de la notion de risque, clairement établie en l'espèce puisque les protagonistes n'ont eu d'autre intention que d'écouler les stocks en connaissance de cause. V. MALABAT et J.-CH. SAINT-PAU démontrent que « la question n'était pas de distinguer entre la conscience d'homicide et la volonté d'homicide comme, pourtant, de nombreux auteurs l'on ressassé, mais entre la conscience d'homicide et la conscience d'un risque d'homicide »⁵⁸⁹. Des difficultés identiques apparaissent concernant l'infraction d'administration de substances nuisibles, celles-ci s'entendant d'un produit de nature à porter atteinte à l'intégrité physique à l'exclusion de ceux qui peuvent entraîner la mort. Le SIDA semble exclu de cette définition car selon certains auteurs, dont P. MISTRETTA, malgré les traitements existants ce virus reste une maladie potentiellement mortelle⁵⁹⁰ et le risque de contamination est bien présent. La connaissance du caractère mortifère suffit à caractériser l'intention. Certes, la contamination par le virus ne présente pas de certitude absolue mais d'une part, sont incluses les substances potentiellement mortelles⁵⁹¹ et, d'autre part, en l'espèce « l'absence de risque mortel n'était que de 1 sur 22 222 et que les prévenus le savaient »⁵⁹². Les particularités inhérentes à ces substances sont à l'origine de difficultés auxquelles le droit pénal doit faire face, mais les incriminations existantes ne semblent pas apporter de solutions satisfaisantes.

⁵⁸⁷ M. BENILLOUCHE, « Les incertitudes juridiques entourant la contamination volontaire par le VIH », *AJ Pénal* 2012, p. 388 s., spéc. p. 389.

⁵⁸⁸ V. MALABAT, J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc.

⁵⁸⁹ V. MALABAT, J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc., spéc. p. 5.

⁵⁹⁰ P. MISTRETTA, « Transmission volontaire du virus du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal », art. préc. Voir également A. PROTHAIS, qui ne manque pas de souligner que « quand bien même l'on voudrait affirmer que le virus du sida est moins "mortifère" aujourd'hui qu'il y a quelques années, cela dépend peut-être de certains progrès médicaux, mais absolument pas du comportement de l'auteur de la contamination ni de la nature du virus », A. PROTHAIS, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », art. préc., spéc. p. 2055 (à propos de l'arrêt de la cour d'appel Rouen du 22 septembre 1999).

⁵⁹¹ Voir en ce sens P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 149 ; V. MALABAT, J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc.

⁵⁹² P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 153. Pour davantage de développements quant aux difficultés liées à l'empoisonnement en droit pénal médical, voir p. 147 s.

2) *Les insuffisances des incriminations de droit commun*

229. Des incriminations inadaptées à l'activité médicale – Ces quelques développements ont mis en lumière toutes les difficultés qui surgissent lorsqu'il s'agit de qualifier, au moyen d'incriminations de droit commun, des faits relevant du droit pénal médical. Selon P. MISTRETTA « l'on ne saurait attendre trop de qualifications qui, d'une part, ont un spectre très large qui cadre mal parfois avec l'activité médicale, et, d'autre part, ont été redéfinies par deux réformes successives pour précisément en limiter la portée »⁵⁹³. L'auteur met en avant l'impasse dans laquelle se trouve le juriste qui tenterait de trouver la qualification adéquate car « l'on ne peut exiger trop de qualifications généralistes, ni trop étirer des incriminations plus spécifiques relevant davantage du droit pénal des affaires que du droit pénal médical sous peine de déformer la lettre des textes et bafouer les exigences du principe de légalité »⁵⁹⁴. Il semble donc vain de tenter d'exploiter le droit pénal existant pour qualifier ces infractions. Ceci se confirme à l'étude des quelques incriminations potentiellement applicables, à commencer par l'empoisonnement et l'administration de substances nuisibles.

230. L'inadéquation des infractions d'empoisonnement et d'administration de substances nuisibles – Les solutions jurisprudentielles qui ont fait émerger ces difficultés ont été grandement critiquées mais il n'est pas certain qu'elles soient injustifiées. Il a été démontré que les infractions formelles comprennent un résultat matériel, qui correspond au seuil de consommation de l'infraction. L'affaire du sang contaminé a soulevé des difficultés car la certitude du caractère mortifère du produit n'étant pas acquise, l'intention d'attenter à la vie d'autrui au moyen d'une substance de nature à donner la mort ne pouvait être démontrée avec certitude⁵⁹⁵. En conséquence, la Cour de cassation a privilégié la thèse du doute. Au surplus, même si le texte réprime l'emploi de substances « de nature à entraîner la mort » les produits

⁵⁹³ P. MISTRETTA, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », art. préc. En ce sens, voir également du même auteur, « La loi du 10 juillet 2000 sur les délits non intentionnels », *RGDM* 2010, n° 12, p. 61 s.

⁵⁹⁴ P. MISTRETTA, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », art. préc. L'auteur ajoute que les qualifications de blessures ou homicide involontaire ainsi que de tromperie « ne permettent donc en l'état du droit de protéger efficacement la santé qui est pourtant une valeur sociale qui doit être protégée [...]. Sans doute faut-il tirer les leçons de toutes ces affaires de santé publique pour s'interroger sur l'opportunité d'introduire en droit pénal un délit spécifique destiné à sanctionner directement la prise de risque dans le domaine sanitaire ». Sur cette question, voir *infra* n° 351 s.

⁵⁹⁵ Voir Cass. crim. 8 juin 1993, *Bull. crim.* n° 3 : « Pour caractériser la volonté criminelle de l'auteur de l'empoisonnement, les juges peuvent retenir que celui-ci connaissait l'effet mortifère de la prise massive des produits remis à la victime », *RSC* 1993, p. 774 s., obs. G. LEVASSEUR.

du corps humain s'apparentent davantage, dans ce contexte, à des produits qui *risquent* de causer la mort. Objectivement le sang n'est pas un produit de nature mortifère contrairement au SIDA, qui pourrait davantage mener à cette qualification. Or, le fait d'exposer la victime à un risque de contamination ne suffit pas car l'empoisonnement nécessite une administration effective de la substance mortifère. De la même manière, dans le cas d'une contamination par le virus du SIDA, le seuil de consommation ne pourrait être déterminé avec certitude car encore faut-il que la victime ait effectivement inoculé le virus, ce qui n'est pas toujours le cas⁵⁹⁶. Autrement dit, s'agissant du sang contaminé, puisque le procès n'avait pas encore eu lieu les victimes contaminées ne pouvaient être identifiées avec certitude et, partant, l'administration effective ne pouvait être caractérisée.

Puisque le caractère mortifère des produits fait défaut, l'administration de substances nuisibles peut-être envisagée mais des obstacles similaires surgissent. Concernant le virus du SIDA il est également nécessaire que le résultat matériel soit atteint au travers de l'inoculation du produit à la victime. R. OLLARD en déduit si cette qualification peut être appliquée lorsque la victime est contaminée, « la répression se trouve en revanche paralysée toutes les fois que l'agent n'a point contaminé son partenaire sexuel »⁵⁹⁷, d'autant que la tentative de ce délit n'est pas incriminée. Outre le fait que l'agent devrait être sanctionné quel que soit le résultat juridique, l'auteur ajoute que « cette circonstance, indépendante de sa volonté, est entièrement tributaire du hasard »⁵⁹⁸. Au surplus, la tentative d'administration de substances nuisibles n'est pas punissable et la tentative d'empoisonnement n'est pas envisageable, car elle suppose que l'élément moral soit constitué ce qui, faute de certitude quant au caractère mortifère de la substance, ne peut être le cas⁵⁹⁹.

La contamination par un virus, dans le domaine médical comme dans le cadre de relations sexuelles, a ceci de spécifique qu'elle intervient dans des contextes particuliers. La transfusion qui a lieu dans le but de soigner des patients hémophiles diffère nécessairement d'une situation, par exemple, de conflit entre l'auteur et la victime⁶⁰⁰. De la même manière, la

⁵⁹⁶ R. OLLARD, « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle : analyse de droit comparé », *RSC* 2016, p. 37 s., spéc. p. 42.

⁵⁹⁷ R. OLLARD, « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle : analyse de droit comparé », art. préc., spéc. p. 41.

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 42.

⁶⁰⁰ Voir notamment D. REBUT, « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », art. préc., spéc. p. 1623.

contamination par les relations sexuelles interroge quant à l'élément moral car le contexte dans lequel se déroulent les faits ne peut être ignoré. Il ne s'agit pas là non plus d'un conflit entre l'auteur et la victime. Bien que dans certains cas l'intention de celui-ci ne fasse pas défaut⁶⁰¹, la plupart du temps le doute est fortement permis. Toutes ces particularités tiennent au fait que la substance administrée est d'origine humaine. Sa nature est bien plus difficile à cerner qu'un produit connu, bien plus évolutive et, puisqu'elle est utilisée pour le moment dans un contexte médical ou sexuel, l'intention de l'auteur n'en est que plus difficile à prouver.

231. L'inadéquation des infractions de droit pénal commun – La notion de risque de contamination pourrait être appréhendée, *a priori*, au travers de l'infraction de mise en danger d'autrui. En effet, cette infraction suppose d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. De prime abord, une contamination effective par un virus répond à cette définition en ce qu'elle cause une infirmité permanente. Toutefois, l'incrimination inclut également « la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ». Or, en matière de contamination par le biais de relation sexuelle, nul besoin de préciser que ces obligations légales sont inexistantes. Concernant les infractions commises dans un contexte médical, si cette condition ne fait pas défaut il n'empêche que cette infraction ne peut être qualifiée car le dommage s'est effectivement réalisé, tout comme dans le cadre d'une contamination sexuelle⁶⁰².

Dans une position réfractaire à la pénalisation de la contamination par le virus du SIDA, F. COURTRAY déduit que la seule incrimination envisageable est celle de violences involontaires⁶⁰³ ou, en cas de décès, d'homicide involontaire. Ce serait là mettre de côté l'empoisonnement en tant qu'infraction spéciale et non comme une simple variété de meurtre. De même, l'administration de substances nuisibles reste une atteinte particulière à l'intégrité physique au regard de son *modus operandi*. Pour autant, même si l'on n'œuvre pas en faveur de la suppression ou de la négligence de ces qualifications, force est de reconnaître que leurs éléments constitutifs sont inadéquats.

⁶⁰¹ Voir notamment CA Colmar 4 janvier 2005, arrêt préc.

⁶⁰² F. COURTRAY, « De l'empoisonnement en matière de contamination sexuelle par le VIH », *LPA* 21 octobre 1998, n° 126, p. 9 s., spéc. p. 18 (l'auteur fait ce constat uniquement en matière de contamination sexuelle).

⁶⁰³ *Ibidem*.

Il ressort de ces développements que la nature mortifère ou nuisible du produit ainsi que son administration effective sont incertaines. En conséquence, l'élément moral ne peut être établi avec certitude, ce qui est renforcé par la nature la relation entre l'auteur et la victime. Ces comportements reposent donc sur une notion de risque et d'imprudence qu'une incrimination nouvelle devra contenir.

232. Des incriminations à créer – Les insuffisances propres aux dispositions de droit pénal commun interrogent sur l'opportunité de conserver l'incrimination d'empoisonnement qui, en définitive, ne constitue qu'une variété de meurtre. La détermination de la nature de la substance et du contexte médical dans lequel l'administration s'inscrit « doit être renforcée pour exiger une substance nécessairement mortifère et la connaissance de ce caractère. Cette exigence permet de faire la part de la prescription médicale et de l'empoisonnement en réservant cette qualification aux seuls cas dans lesquels cette prescription a bien réalisé ce crime »⁶⁰⁴. L'ignorance de la nature du risque et du contexte « procéderait à une mise en œuvre abstraite et presque mécanique du crime d'empoisonnement qui ignorerait à la fois la nature propre du médicament et la particularité de la prescription médicale »⁶⁰⁵. En conséquence, soit il faut contourner l'obstacle imputable à l'incrimination d'empoisonnement en la supprimant et la qualification de l'infraction oscillera donc entre l'homicide volontaire ou involontaire et l'administration de substances nuisibles. Soit il est préféré la création, par exemple, d'un délit de contamination⁶⁰⁶, dont les éléments constitutifs seraient davantage adaptés aux particularités des infractions commises à l'aide du corps humain⁶⁰⁷.

Il apparaît à la lumière de cette démonstration que le corps humain a étendu son influence jusqu'à constituer un nouvel outil de réalisation de l'infraction, ce qui contraint à repenser certains éléments constitutifs. Le droit pénal commun a du mal à s'adapter à cette nouvelle forme de délinquance commise à l'aide des éléments et produits du corps car aucune incrimination existante ne semble être adaptée. Plus encore, il lui faut aussi adapter sa réponse pénale à des infractions liées à l'autonomie personnelle invoquée par l'individu.

⁶⁰⁴ D. REBUT, « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », art. préc., spéc. p. 1624.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, spéc. p. 1623 s.

⁶⁰⁶ P. MISTRETTA, « Transmission volontaire du virus du sida par voie sexuelle : les tourments du droit pénal », art. préc. Dans le même sens, voir, du même auteur « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », art. préc.

⁶⁰⁷ Voir *infra* n° 325 s.

§ 2 - L'influence de l'autonomie personnelle dans la commission de l'infraction

233. Le droit pénal importuné par la libre disposition du corps – Le corps humain pousse parfois le droit pénal dans ses retranchements, au travers de l'avènement de la libre disposition par l'individu de son corps qui inscrit les actes délictueux dans des contextes particuliers. Par exemple, le droit pénal se voit de plus en plus affecté par les nouvelles technologies car de nombreux dispositifs médicaux contribuent aujourd'hui à un mouvement de transformation du corps et de l'esprit, et modifient peu à peu la structure de la personne humaine. Sous couvert de répondre à une défaillance de l'Homme, les nouvelles technologies font du cyborg⁶⁰⁸ et du transhumanisme⁶⁰⁹ une réalité. Ces différentes technologies font constamment osciller la personne humaine entre un être dont les capacités sont naturelles et un homme dont les aptitudes sont augmentées et qui interrogent quant à la définition même de personne humaine. Or, si les caractéristiques de la personne évoluent, les incriminations doivent accompagner ce mouvement car la réalisation de l'infraction, qui porte sur « autrui », sera dépendante de la définition à donner à ce terme. Parallèlement, l'individu revendique une libre disposition de son corps. Or, par principe le consentement n'est pas un fait justificatif de l'infraction, de sorte que la libre disposition de soi ne saurait faire obstacle à la qualification de l'infraction⁶¹⁰. Parmi les nombreux domaines où l'assise de l'autonomie personnelle interroge, certains d'entre eux souffrent, du fait de leurs particularités, d'un encadrement répressif contestable.

234. Annonce de plan - Autant d'interrogations nécessitent d'étudier les difficultés auxquelles le droit pénal est confronté, soit au regard de l'évolution de la personne humaine (A), soit au regard de l'évolution des infractions (B).

⁶⁰⁸ Le cyborg peut se définir comme un être humain qui a bénéficié de greffes d'éléments artificiels.

⁶⁰⁹ Soit le mouvement qui consiste à prôner l'usage et le développement de la science et des différentes techniques, aux fins d'accroître les capacités physiques et intellectuelles de l'homme, voir *supra* n° 75.

⁶¹⁰ Sur l'absence de caractère justificatif du consentement, voir *infra* n° 397 s.

A. L'évolution de la personne humaine

235. L'influence de la notion de personne humaine sur l'infraction – La personne humaine constitue une notion trop évolutive pour être définie de façon immuable, et force est d'admettre que cela affecte une fois de plus les éléments constitutifs des infractions. L'« augmentation » de l'Homme peut se définir « par référence à l'homme ou à l'humain, [comme] un ensemble de procédures, méthodes ou moyens, chimiques ou technologiques, dont le but est de dépasser les capacités ou aptitudes, naturelles ou habituelles, d'un sujet impliqué dans une situation qui dépasse ses propres limites »⁶¹¹. Dès lors, la qualification de l'infraction est susceptible de s'en trouver affectée car la lecture du texte ne permet pas de déterminer, par exemple, dans quelle mesure une nanopuce greffée dans le cerveau de l'auteur peut être une cause d'irresponsabilité pénale si elle affecte son jugement. De la même manière, la lésion corporelle conditionne la gravité de la sanction mais qu'en est-il lorsque la partie du corps lésée est artificielle ? Peut-on appliquer les mêmes critères pour qualifier l'infraction ?

236. Annonce de plan – En conséquence, les possibilités offertes par la science confirment l'idée selon laquelle la dimension physique de la personne est à reconsidérer (1) et, partant, le droit pénal qui lui est applicable à repenser (2).

1) La notion de personne humaine à reconsidérer

237. Les suppléances à l'aide d'éléments artificiels – De longue date, l'homme a pu être soigné, ses faiblesses corrigées et ses infirmités compensées. Les pacemakers, les implants pour les malentendants ou encore les prothèses sont des éléments artificiels destinés à compenser une défaillance du corps⁶¹². Ils ne posent guère de difficultés dans cette partie de l'étude car ils ne modifient que très peu la nature humaine de l'Homme. Néanmoins, l'évolution de la science et des ambitions de l'homme ont conduit à dépasser les étapes de la réparation pour aboutir à celle de l'augmentation. L'homme qui auparavant accueillait une prothèse

⁶¹¹ G. HILGER, « L'homme augmenté et la responsabilité civile », in X. LABBÉE (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 79 s., spéc. p. 81.

⁶¹² Il en va de même avec les interventions à finalité thérapeutique, telle la stimulation du nerf vague pour les épileptiques ou la stimulation électrique dans le cadre de la maladie de Parkinson. Sur ces points, voir D. ROETS, « Réprimer pénalement les interventions biotechniques à visée transhumaniste ? », in X. LABBÉE (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, art. préc., p. 132 s., spéc. p. 132.

amovible comme une nouveauté extraordinaire, perçoit désormais celle-ci comme une « compensation classique » de son membre amputé. Les nanotechnologies peuvent être introduites dans le corps humain et agir sur les tissus, cellules ou encore l'ADN aux fins de guérir certaines maladies, ou tout simplement distiller des médicaments encapsulés aux patients qui recevront ainsi la dose nécessaire en temps voulu. L'utilisation de nanodispositifs en vue d'améliorer la santé ne semble pas, *a priori*, soulever de problèmes éthiques en ce sens qu'il s'agit davantage de réparer l'homme que de l'améliorer.

Le domaine de la suppléance se cantonnerait donc aux capacités naturelles ou habituelles d'un sujet confronté à ses propres limites. Cependant, la définition de ce terme est délicate. Faut-il l'entendre comme une limite objective, applicable à tout homme ou est-ce que cela inclut des limites subjectives, propres à chaque individu, comme la maladie ? Au surplus, il n'est pas exclu que l'utilisation du dispositif prévu pour compenser les faiblesses du corps dépasse sa fonction première et tende vers l'amélioration du sujet. Enfin, ces limites peuvent être dépassées lorsque le corps est réparé à l'aide d'éléments de nature humaine.

238. Les suppléances à l'aide d'éléments humains – Les greffes d'organes, tissus, voire même de certains membres sont également en perpétuelle évolution. De prime abord, les greffons ne semblent pas soulever de difficultés car, fusionnés avec le corps humain, ils en suivent le régime. Cependant, les greffons ne sont plus forcément d'origine humaine, et même dans le cas contraire certains d'entre eux interrogent quant à leur statut ainsi qu'à celui du receveur. De façon purement théorique, le phénomène des xénogreffes⁶¹³ questionne par exemple le juriste. Quel statut faut-il accorder à des éléments d'origine animale greffés dans un corps humain⁶¹⁴ ? Doit-on les considérer comme part entière de la personne ? L'organe est incorporé au corps humain et conditionne sa survie, ce qui invite à lui appliquer le régime applicable au « bénéficiaire » de ce corps, soit la personne. S'ils sont détachés du corps, peut-on réellement leur appliquer le même régime que des greffons humains ? Le visage par exemple, n'est-il pas le référent de l'individu, cette partie du corps qui permet de

⁶¹³ Soit la transplantation d'un élément ou produit d'une espèce à une espèce différente, en opposition à l'allogreffe qui consiste à opérer une transplantation au sein de la même espèce. Les xénogreffes sont pour le moment interdites en France en raison du risque de transmission des maladies.

⁶¹⁴ C'est l'exemple des greffes de valves cardiaques de porc pour remplacer celles défectueuses des humains, ou encore la perspective de pouvoir greffer à l'avenir des cœurs de porc afin de remédier à la pénurie de greffons. Sur la problématique de la qualification juridique d'un élément animal, voir X. LABBÉE, « Le chien prothèse », *D.* 1999, jurispr. p. 350 s.

l'individualiser ? La première greffe partielle de visage effectuée en 2005 fut un succès et permit à la patiente de retrouver, outre un l'aspect esthétique d'un visage, l'usage de sa bouche et de ses lèvres⁶¹⁵. Ce greffon devrait suivre le régime du corps mais X. LABBÉE soulève une multitude de questions engendrées par cette greffe, comme l'interdiction de reproduire l'image d'une personne sans son consentement. Sera-t-il nécessaire, pour la diffusion, de solliciter l'autorisation de la famille du défunt, propriétaire de l'image de la dépouille ? Si le receveur devient l'ennemi public n° 1, faut-il indemniser la famille sur le fondement d'une atteinte à l'image du défunt ? Plus encore, faut-il considérer que l'on reçoit le visage d'un autre mais à charge pour lui d'en faire un usage conforme aux bonnes mœurs⁶¹⁶ ? Le corps se limite ici par lui-même car l'Homme ne peut être augmenté avec des éléments d'origine humaine. En revanche, les prothèses bioniques⁶¹⁷ comme les nanotechnologies sont des matériaux qui, petit à petit, transforment l'homme au point que le cyborg⁶¹⁸ ne relève plus de la fiction.

239. De l'amélioration à l'augmentation - Les problèmes éthiques soulevés par la question de l'homme augmenté prennent de l'ampleur essentiellement lorsqu'il s'agit d'une augmentation qui tend exclusivement à l'amélioration du corps. Lorsqu'il s'agit de « réparer » l'homme, l'« augment »⁶¹⁹ apparaît nécessaire et son opportunité peu contestable bien que, sous couvert de réparation, l'on puisse aboutir à un corps dont le potentiel est augmenté et dénaturé. HAUSER relève que « l'on pourrait discuter sur l'adjectif “augmenté” [...] Peut-on dire qu'une prothèse quelconque “augmente” à proprement parler l'Homme ? Si l'on s'en tient aux prothèses classiques elles ont plutôt pour but de “rétablir” l'Homme que de l'augmenter à proprement parler, de réparer ce que l'âge a usé, ce que l'accident a cassé voire amputé. Pour parler vraiment “d'augment” il faut aller chercher ce qui ajoute à l'Homme, une possibilité au-

⁶¹⁵ Isabelle Dinoire reçut une greffe partielle de visage en 2006 après avoir été défigurée par son chien. L'opération fut un succès mais elle décéda néanmoins en 2016 des suites d'une tumeur survenue à cause des traitements antirejet.

⁶¹⁶ X. LABBÉE, « La gueule de l'autre », *D.* 2006, p. 801 s., spéc. p. 801.

⁶¹⁷ Soit « une prothèse qui remplace un membre défaillant et qui comporte des électrodes à son extrémité, permettant à l'Homme de la commander avec son cerveau », X. LABBÉE, « Le cyborg et les lois bioéthiques », in *Actes du colloque des 13 et 14 octobre 2011*, tenu à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, IRJS, 2013, p. 29 s., spéc. p. 104.

⁶¹⁸ Le cyborg peut se définir comme « un être humain qui a reçu des greffes de parties mécaniques qu'il commande lui-même », *ibid.*, spéc. p. 102.

⁶¹⁹ J. HAUSER, « L'homme augmenté », in X. LABBÉE (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 15 s.

delà de sa nature, un instrument modifiant ses performances physiques ou intellectuelles et, à la limite, ce qui viserait à le remplacer »⁶²⁰.

Les exemples sont multiples, aussi les plus représentatifs seront privilégiés. De manière générale, les neurosciences pourront bientôt modifier l'humeur, la mémoire, ou encore la personnalité, toujours sous couvert d'avancées scientifiques nécessaires. Par exemple, des implants neuronaux visant à pallier la maladie d'Alzheimer pourraient permettre de « télécharger » des souvenirs en quelques minutes. Les prothèses bioniques, quant à elles, confèrent déjà à leur bénéficiaire des capacités physiques supérieures à la moyenne. X. LABBÉE prend également l'exemple de l'exosquelette⁶²¹, qui se présente comme une armature venant au soutien de l'individu handicapé qui, en s'insérant à l'intérieur, peut interagir avec le monde grâce à ce corps artificiel qui a vocation à remplacer son squelette. Cependant, en permettant d'activer les articulations de l'individu l'exosquelette décuple ses capacités musculaires et ce qui devait être la compensation d'un handicap aboutit à l'octroi de capacités physiques supérieures à la moyenne. Le corps voit ses fonctionnalités augmentées de façon tellement considérable que l'Homme qu'il représente devient parfois difficile à définir.

240. La qualification incertaine de l'homme augmenté – Les transformations de la dimension physique de la personne amènent à reconsidérer cette notion. Dès lors, quels critères le droit pénal doit-il prendre en compte pour déterminer s'il s'agit d'une personne humaine ? En effet, les incriminations protégeant cette valeur sociale suprême trouveraient leurs limites si cette notion était définie strictement. HAUSER propose comme critère de définition d'opérer une distinction entre les « ‘‘augments de réparation’’, qui ne font que remplacer un élément défaillant (à l'image d'une jambe artificielle), et les augments d'addition qui ajoutent réellement à la personne, ces derniers permettant toutes les imaginations (par exemple des lentilles qui permettraient de voir dans le noir) »⁶²². Cependant, cette distinction semble illusoire car, comme on l'a constaté, certains augments de réparation deviennent des augments d'addition. Sous couvert de remplacer l'élément défaillant ils transforment peu à peu ses fonctions jusqu'à ce qu'elles dépassent celles considérées comme « naturelles ». Si la notion même de personne

⁶²⁰ *Ibid.*, spéc. p. 21.

⁶²¹ X. LABBÉE, « L'homme augmenté », art. préc., spéc. p. 2324.

⁶²² J. HAUSER, « L'homme augmenté », art. préc., spéc. p. 21.

humaine s'étend jusqu'à l'homme-robot, le droit pénal contemporain, construit pour être appliqué à un être exclusivement humain, risque d'être dépassé.

2) *Le droit pénal de la personne à repenser*

241. L'évolution nécessaire de la responsabilité pénale de l'Homme augmenté – Les quelques progrès scientifiques dont on a précédemment rendu compte soulèvent inévitablement des questions relatives aux incriminations et à la responsabilité pénale telles qu'elles sont conçues aujourd'hui. Le droit pénal réprime les atteintes à la personne *humaine* et encadre le régime de la responsabilité pénale d'une personne *humaine*. Dès lors il est nécessaire de déterminer, si tant est que cela soit possible, les limites de l'humanité, autrement dit lorsque la technologie prend le pas sur la personne de telle sorte que celle-ci ne peut se voir appliquer les règles du droit pénal commun.

Aux fins d'illustrer ces propos la prothèse bionique peut constituer un exemple éloquent. A. DARSONVILLE soulève quelques hypothèses⁶²³ qui pourraient être rencontrées et qui n'apparaîtront plus, dans un futur proche, comme des cas d'école. Si, en commettant un vol, un homme donne un coup à sa victime avec sa prothèse, doit-on qualifier cet acte de vol avec arme ? La définition de l'arme que nous donne le Code pénal à l'article 132-75 alinéas 1^{er} et 2^{ème} semble aller en ce sens, puisque « tout objet conçu pour tuer ou blesser [et] tout autre objet susceptible de présenter un danger pour les personnes est assimilé à une arme dès lors qu'il est utilisé pour tuer, blesser ou menacer ou qu'il est destiné, par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer »⁶²⁴. Cependant, comme le relève l'auteur l'article mentionne « tout objet ». Doit-on considérer, au regard du principe de légalité, que le bras bionique est un prolongement de la personne, excluant ainsi la qualité d'arme ? De la même manière et toujours selon les hypothèses soulevées par A. DARSONVILLE, la légitime défense est-elle proportionnée lorsque la riposte à un coup est effectuée au moyen de cette prothèse⁶²⁵ ? Le droit pénal n'aura peut-

⁶²³ A. DARSONVILLE, « L'homme augmenté et la responsabilité pénale », in X. LABBÉE (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, art. préc., p. 71 s.

⁶²⁴ Pour des illustrations jurisprudentielles, voir par exemple CA Rouen 15 juin 1982 (casque de moto) ; Cass. crim. 23 octobre 1996 n° 95-85.585 (tabouret de bar).

⁶²⁵ L'auteur souligne également les difficultés procédurales qui surgissent avec l'homme augmenté, notamment au vu de l'article 63-3 du Code de procédure pénale qui impose l'établissement d'un certificat médical attestant d'un état de santé compatible avec la garde à vue, voir A. DARSONVILLE, « L'homme augmenté et la responsabilité pénale », art. préc., spéc. p. 74, note n°11.

être pas à s'enrichir de nouvelles incriminations mais les éléments constitutifs des infractions devront inévitablement s'étendre pour accueillir ces nouvelles hypothèses, que l'Homme augmenté soit l'auteur ou la victime de l'infraction.

242. L'infraction commise à l'encontre de l'homme augmenté – La démarche intellectuelle de qualification de l'infraction consiste à rattacher un comportement à un texte d'incrimination. Cela suppose de s'attacher au résultat de l'infraction, soit son impact sur la victime. Si la prothèse détachée de l'Homme ne pose guère de difficultés à être qualifiée de chose⁶²⁶, il en va autrement lorsqu'elle est rattachée à l'individu et que celui-ci est victime de violences. Un coup porté à une prothèse exclut potentiellement la qualification de violences. A. DARSONVILLE s'interroge sur le point de savoir s'il faut considérer qu'il s'agit de la perte d'un membre, auquel cas le comportement répondrait à la qualification de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente⁶²⁷. En outre, si la prothèse constitue une reproduction parfaite du membre amputé, la circonstance aggravante de violences commises sur personne vulnérable trouverait à s'appliquer. Toutefois, dans la situation inverse « la qualité de sa prothèse serait donc paradoxalement susceptible d'empêcher le cyborg de bénéficier d'une protection pénale renforcée »⁶²⁸. Ces constats témoignent d'une personne humaine qui ne cesse de se modifier, ce qui influera nécessairement sur le droit pénal dont elle est un des objets. Il faut alors envisager cette possibilité ainsi que la qualification que ces infractions pourraient revêtir.

243. L'interprétation téléologique de la loi pénale – Jusqu'ici le droit pénal ne semble pas avoir eu à se saisir de ces questions mais les évolutions rapides de la science l'y confronteront. Il lui faudra alors s'assouplir, tant dans la conception actuelle de la personne humaine que dans les éléments constitutifs des infractions. La qualification de ces infractions sera laissée au juge qui pourra, dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas trop restrictifs au regard des faits, user de l'interprétation téléologique de la loi pénale. Toutefois, il est des hypothèses dans lesquelles le silence du législateur risque d'être une source d'obstacles dans cette opération de qualification. En effet, si, par exemple, une nanopuce greffée dans le cerveau de l'auteur affecte son jugement, celui-ci peut potentiellement se voir

⁶²⁶ Les prothèses n'appartenant pas au sens strict au corps humain, elles ne seront pas traitées.

⁶²⁷ A. DARSONVILLE, « L'homme augmenté et la responsabilité pénale », art. préc., spéc. p. 74.

⁶²⁸ *Ibidem*.

exonéré de sa responsabilité ou pénale ou, à tout le moins, se voir prononcer une peine moins sévère⁶²⁹. Cependant, encore faut-il que ce trouble psychique ou neuropsychique puisse être évalué. De même, si le corps humain constitue un terrain de référence lorsqu'il s'agit d'identifier les éléments constitutifs d'une infraction, des difficultés peuvent surgir lors de l'opération de qualification des atteintes à l'intégrité physique. La peine encourue dépend notamment de l'importance de la valeur sociale atteinte et des lésions causées au support, qui se déclinent en plusieurs degrés. Il est donc nécessaire de déterminer l'interruption totale de travail qui a résulté de l'atteinte. Or l'évaluation, lorsque le coup a porté sur une prothèse, ne peut répondre aux critères utilisés pour un membre humain. Il est vrai que ces deux hypothèses comportent des similarités car le résultat juridique est déterminé notamment au regard de l'intensité de l'atteinte et du handicap qu'elle a entraîné. Ces deux critères peuvent être mesurés sur une prothèse comme sur un membre humain. En revanche, il sera parfois plus aisé de réparer une prothèse qu'un membre, qui risque de subir des séquelles sur le long terme, et une prothèse est remplaçable, à la différence de son homologue humain. Doit-on tenir compte de cet élément et prononcer une sanction moins importante dans le cas où un membre artificiel est atteint ?

Dans les cas évoqués, le corps humain était au centre des préoccupations car la maîtrise par l'individu de son corps entraîne l'évolution de la notion de personne. Dans ces situations, l'individu est libre d'utiliser son corps comme il l'entend mais la notion de personne humaine peut créer des difficultés au législateur. Il est toutefois d'autres situations, dans lesquelles la maîtrise du corps crée l'infraction car l'individu n'est pas libre d'utiliser son corps. Or, ce n'est pas tant l'autonomie personnelle qui déstabilise ici le législateur que la spécificité du contexte qui enveloppe l'acte délictueux.

B. L'évolution des infractions

244. L'embaras du droit pénal – La libre disposition par l'individu de son corps est au centre de nombreuses controverses mais quelques-unes témoignent particulièrement de l'étroitesse des incriminations, dont celles relatives à la gestation pour autrui et à la fin de vie. Cette question dite de la « bonne mort » soulève, outre les difficultés éthiques qui ne sont plus à illustrer⁶³⁰, des interrogations quant à l'absence d'incrimination propre à cette pratique. Le

⁶²⁹ Article 122-1 du Code pénal.

⁶³⁰ Voir *infra* n° 447 s.

fait, pour le médecin, de donner la mort au patient qui la solliciterait et qui n'entrerait pas dans le cadre prévu par la loi, peut en effet relever de plusieurs qualifications⁶³¹ relevant du droit pénal commun. Or, il s'agit d'un acte particulier en ce sens que même si le mobile est indifférent, nul ne peut nier que le contexte n'est pas propice aux incriminations de droit pénal commun. Pareillement, la gestation pour autrui est prohibée au regard de l'indisponibilité du corps humain. A la différence de la fin de vie cependant, le droit pénal commun se montre avare d'incriminations, du moins celles adaptées au comportement de l'auteur.

245. Annonce de plan – Paradoxalement, il est constamment fait appel au principe d'indisponibilité du corps humain mais le droit pénal ne semble pas en avoir pris acte. Sur ce point, le droit pénal oppose plus qu'une inadaptation car il se montre défaillant. L'analyse des réponses pénales à la question de la fin de vie manifeste les faiblesses de celui-ci **(1)**, tandis que la gestation pour autrui révèle sa défaillance **(2)**.

1) Les faiblesses du droit pénal face à la fin de vie

246. L'encadrement législatif de la fin de vie – L'évolution législative qui encadre la fin de vie témoigne des préoccupations grandissantes du législateur⁶³². Pas moins de quatre lois se sont succédées à savoir la Loi du 9 juin 1999⁶³³, la Loi du 4 mars 2002⁶³⁴, la Loi du 22 avril 2005⁶³⁵ dite « Loi Léonetti », puis la Loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, qui correspond au régime actuellement en vigueur. Jugée parfois trop évasive, parfois adaptée, la loi du 2 février 2016 fait l'objet de critiques. Lorsque le patient est en état d'exprimer sa volonté plusieurs hypothèses sont à distinguer. En premier lieu, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose de façon très explicite que toute personne a désormais le droit « de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »⁶³⁶. Le

⁶³¹ M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 395.

⁶³² Pour de plus amples développements sur cette évolution, notamment au regard de la montée en puissance de l'autonomie personnelle dont elle témoigne, voir *infra* n° 416 s.

⁶³³ Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, *JO* du 10 juin 1999.

⁶³⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002.

⁶³⁵ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JO* du 23 avril 2005. Pour une synthèse de cette loi et de ses enjeux, voir notamment J.-R. BINET, « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, vol. 1, ISC Grenoble, Cujas, 2014, p. 43 s.

⁶³⁶ Cet article est par ailleurs codifié au sein de la Section intitulée « Principes généraux », appuyant l'absence de distinction entre les situations de fin de vie ou non.

médecin n'est plus tenu de tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables⁶³⁷ mais doit l'informer des conséquences de ce choix, et lui prodiguer des soins palliatifs destinés à soulager sa douleur, apaiser ses souffrances psychiques et sauvegarder sa dignité. En second lieu, le refus de l'obstination déraisonnable a été renforcé. Alors que la loi de 2005 ne faisait que l'évoquer⁶³⁸, il s'agit désormais d'un « droit fondamental et *sui generis* de la personne malade »⁶³⁹. L'article L. 1110-5-1 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique dispose à ce titre que les traitements⁶⁴⁰ « ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris conformément à la volonté du patient »⁶⁴¹.

Enfin, le patient en fin de vie et en état de manifester sa volonté peut exercer son droit à la sédation profonde et continue, qui provoque une altération de la conscience qui est

⁶³⁷ Article L. 1111-4 ancien du Code de la santé publique.

⁶³⁸ Article L. 1110-5 al. 2 ancien du Code de la santé publique. Pour de plus amples développements, notamment au regard des différents travaux parlementaires, voir J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *RGDM* 2016, n° 59, p. 77 s., spéc. p. 111 s.

⁶³⁹ P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », *JCP G* 2016, n° 8, doctr. 240, spéc. n° 8. Voir également J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », art. préc., spéc. p. 100. Le Conseil d'État avait déjà qualifié le refus de l'obstination déraisonnable de droit fondamental à l'occasion de l'affaire Vincent Lambert, voir CE, 24 juin 2014, n° 375081, n° 375090 et n° 375091, (*Mme Lambert et autres*) ; D. VIGNEAU, « L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État », *D.* 2014, p. 1856 s., note sous arrêt.

⁶⁴⁰ Les actes que le médecin est en droit d'arrêter s'entendent des traitements et des soins thérapeutiques que toute personne a le droit de recevoir ainsi que de la nutrition et de l'hydratation artificielle en faisant partie, voir l'article L. 1110-5-1 al. 2 du CSP. Cette précision fut nécessaire car sous l'empire de la loi Léonetti du 22 avril 2005, l'alimentation était considérée comme un traitement tandis que l'hydratation était considérée comme un soin. Voir Assemblée nationale, Rapport n° 1708 du 30 juin 2004 fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie. Voir notamment au sujet de l'affaire V. Lambert le jugement du TA de Châlons-en-Champagne, aux termes duquel les juges ont assimilé l'hydratation ainsi que l'alimentation à des traitements, TA Châlons-en-Champagne 11 mai 2013, *JurisData* n° 2013-009426 ; J.-R. BINET, « Bioéthique : arrêt de traitement en fin de vie », *Droit de la famille*, septembre 2013, comm. n° 114. Dans le sens de cette distinction, antérieurement à la loi du 2 février 2016, voir CEDH 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert et autres c/ France* (La CEDH considère que l'arrêt des traitements au nom de l'obstination déraisonnable ne porte pas atteinte au droit à la vie du patient) ; F. VIALLA, « Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même », *D.* 2015, p. 1625 s. Pour la suite de cette longue série, voir CAA Nancy, 16 juin 2016, *Jurisdata* n° 2016-011639 (annulation de la décision de l'hôpital suspendant l'arrêt des soins), puis CE, 19 juillet 2017, nos 402472 et 403377, (*M. C... F... et autres ; M. I... F...*) (nécessité d'une nouvelle procédure collégiale suite au départ du médecin) ; P. MISTRETTA, « Affaire Vincent L. : retour à la case départ », *JCP G* 2017, n° 36, 898. Pour une présentation de la loi du 2 février 2016, voir notamment J.-R. BINET, « Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *Droit de la famille*, octobre 2016, dossier n° 34.

⁶⁴¹ « Les traitements inutiles sont ceux qui n'apportent aucune amélioration à l'état du patient, qu'il s'agisse de sa guérison ou de son bien-être. Leur caractère disproportionné s'apprécie quant à lui au regard des risques ou des effets nocifs qu'ils présentent par rapport au bénéfice thérapeutique escompté », voir P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc., spéc. n° 9.

maintenue jusqu'au décès⁶⁴². Elle est associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements. Toutefois, seuls les patients en fin de vie et en souffrance peuvent en bénéficier car l'article le permet « lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements » ou « lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable »⁶⁴³. Le tout est mis en œuvre à l'issue d'une procédure collégiale dont l'objectif est de s'assurer du respect des dispositions légales. Parallèlement, aux termes de la Loi du 22 avril 2005 toute substance permettant d'amoinrir les souffrances pouvait être administrée même si elles avaient pour effet d'abrèger la vie. La Loi du 2 février 2016 a repris cette procédure, acceptant ainsi « la théorie morale dite du “double effet” »⁶⁴⁴. À ce titre, l'article L. 1110-5-3 alinéa 2 du Code de la santé publique dispose que « le médecin met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrèger la vie »⁶⁴⁵. Il doit en informer le malade, la personne de confiance ou, à défaut, un proche du malade. P. MISTRETTA souligne à ce sujet que la nouvelle terminologie « traduit incontestablement une avancée supplémentaire, certes savamment mesurée et distillée mais bien réelle, vers le droit à la bonne mort, à savoir, d'un côté, celui de donner la mort, et de l'autre celui de choisir sa mort »⁶⁴⁶.

Dans l'hypothèse où le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et lorsque le médecin arrête un traitement au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique, il peut bénéficier au titre de l'article L. 1110-5-2 alinéa 3 d'une « sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à des analgésiques ». Cette disposition, fortement influencée par l'affaire Vincent Lambert, constitue une réelle avancée pour les patients cérébrolésés, dont le sort n'était auparavant encadré que par une disposition

⁶⁴² Article L. 1110-5-2 du CSP. Ce « droit à la non-conscience » constitue l'une des avancées majeures de la loi, mais la sédation profonde et continue était déjà pratiquée en vertu d'une disposition réglementaire. Cependant, sa consécration dans le CSP permet de rendre cette pratique plus homogène et plus encadrée, voir notamment P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc., spéc. n° 19.

⁶⁴³ Article L. 1110-5-2 1° et 2° du CSP.

⁶⁴⁴ Voir par exemple J.-R. BINET, « Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », art. préc. ; P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc., spéc. n° 19 s. ;

⁶⁴⁵ P. MISTRETTA souligne par ailleurs que la loi Léonetti-Claeys « réitère le droit à la non-souffrance comme si le législateur l'envisageait ici au titre d'un droit subjectif, *ibid.*, spéc. n° 17.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, spéc. n° 18.

réglementaire. Désormais, l'interdiction de l'obstination déraisonnable est consacrée par voie législative, comme le droit à la sédation pour éviter toute souffrance. Par ailleurs, le médecin décide de l'arrêt du traitement au titre d'une procédure collégiale⁶⁴⁷ que le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution, refusant par-là de reconnaître une atteinte au droit à la vie ou à la liberté de décider pour soi-même⁶⁴⁸. Bien que ces dispositions recouvrent nombre de situations la demande provient parfois de patients n'entrant pas dans le cadre légal. Dès lors, le fait justificatif fondé sur l'autorisation de la loi ne peut avoir aucune portée. L'acte déclenche alors l'intervention du droit pénal, dont l'étude met en lumière des incriminations peu adaptées à ces contextes particuliers.

247. Les multiples qualifications existantes – Bien qu'elle semble recouvrir de nombreuses situations la loi LÉONETTI-CLAEYS ne légalise ni l'euthanasie, ni le suicide assisté. Or, certains patients sollicitent ces procédures et le médecin qui y accède encourt forcément une sanction. Les incriminations en vigueur sont toutefois peu adaptées et les qualifications applicables varient⁶⁴⁹. Lorsque le médecin se contente, intentionnellement, de ne pas effectuer certains soins nécessaires à la survie du patient ce comportement peut recevoir la qualification d'omission de porter secours⁶⁵⁰. Celle-ci fait toutefois débat car comme l'explique C. GIRAULT, ce délit est « inadapté tant au point de vue de sa condition préalable que de son élément moral », et qu'il devrait « être écarté sur la base de sa composante matérielle, l'exposition à un danger de mort n'étant ni immédiate ni directe »⁶⁵¹. Cet acte peut ensuite être qualifié d'empoisonnement lorsque la substance administrée est mortifère, mais également d'assassinat puisque l'acte est prémédité. Au regard des divergences éthiques et morales, ces qualifications paraissent sévères et celle d'administration de substances nuisibles est parfois préférée. Pour

⁶⁴⁷ Article L. 1110-5-1 al. 1^{er} du CSP. Voir également les articles R. 4127-37-1 et suivants du CSP.

⁶⁴⁸ Cons. const. 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, *JO* du 4 juin 2017. Les requérants ont argué du fait que cette disposition portait atteinte à la liberté personnelle du patient et surtout à sa dignité, de laquelle découle le droit à la vie.

⁶⁴⁹ Voir notamment M. BENEJAT-GUERLIN, « Droit pénal et fin de vie », *AJ pénal* 2016, p. 522 s., spéc. p. 523 ; PH. CONTE, « Le code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 229 s. ; A. PROTHAIS, « Accompagnement de la fin de vie et droit pénal », *JCP G* 2004, n° 18, doct. 130., spéc. n° 17 s. ; du même auteur, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G* 2011, n° 18, doct. 536, spéc. n° 7 s.

⁶⁵⁰ M. BENEJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 395. Pour davantage de détails, voir PH. CONTE, « Le code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital », art. préc.

⁶⁵¹ C. GIRAULT, *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, PUAM, 2002, p. 180.

autant, elle n'enveloppe pas non plus de façon satisfaisante le comportement de l'auteur, à l'instar de l'empoisonnement ou encore de l'homicide volontaire.

248. L'inadaptation des qualifications existantes – La médiatisation de certaines affaires a contribué à mettre en lumière les faiblesses du droit pénal en matière de fin de vie, notamment s'agissant des qualifications existantes. Ainsi, de sorte à éviter la qualification de crime la mère de Vincent Humbert fut poursuivie pour administration de substances nuisibles, alors que le produit qu'elle a injecté à son fils revêtait le caractère de substance mortifère⁶⁵². Tétraplégique suite à un accident de voiture, ce patient a maintes fois exprimé son souhait de mourir. Sa mère lui a administré, sans succès, des barbituriques puis le Dr. Chaussoy a mis fin aux jours de son patient en débranchant son respirateur artificiel et en lui administrant du chlorure de potassium. PROTHAIS met en avant le fait que le geste de la mère a été interrompu ou a manqué son effet en raison de la réanimation pratiquée par le Dr. Chaussoy. Autrement dit, ce comportement aurait dû recevoir la qualification de tentative d'empoisonnement. La qualification d'administration de substances nuisibles doit être écartée car ce geste provient bien de la volonté de donner la mort à la victime⁶⁵³. Contrairement à l'empoisonnement l'administration de substances nuisibles ne comprend pas, dans ses éléments constitutifs, l'intention de tuer. De plus, la tentative d'administration de substances nuisibles n'est pas punissable. Une qualification inadaptée a donc été retenue pour punir l'auteur d'une tentative de crime⁶⁵⁴. Quant au Dr. Chaussoy, poursuivi pour empoisonnement avec préméditation, un non-lieu s'imposait en l'absence de véritable intention criminelle car son geste était en effet dicté par l'intention de faire cesser les souffrances et non de donner la mort⁶⁵⁵. P. MISTRETTA relève par ailleurs que la préméditation « transforme le médecin meurtrier en médecin assassin, ce qui fait passer les peines principales de réclusion de trente années à perpétuité »⁶⁵⁶. La

⁶⁵² Trib. corr. Boulogne-sur-Mer 27 février 2006. Sur ce jugement, voir notamment A. PROTHAIS, « Justice pour Vincent Humbert. Lettre ouverte à sa mère sur l'état réel de notre droit pénal en matière d'euthanasie ou de fin de vie », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 619 s.

⁶⁵³ L'intention homicide pouvant être, on le verra, remise en cause, le résultat sera volontairement mis en lumière car l'auteur souhaite l'atteindre, non pas pour satisfaire une pulsion meurtrière, mais dans l'intérêt de sa victime.

⁶⁵⁴ A. PROTHAIS, « Justice pour Vincent Humbert. Lettre ouverte à sa mère sur l'état réel de notre droit pénal en matière d'euthanasie ou de fin de vie », art. préc., spéc. p. 622.

⁶⁵⁵ A. PROTHAIS, « Justice pour Vincent Humbert. Lettre ouverte à sa mère sur l'état réel de notre droit pénal en matière d'euthanasie ou de fin de vie », art. préc., spéc. p. 621.

⁶⁵⁶ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 144. L'auteur relève que les médecins sont relativement nombreux à avoir prodigué une aide active à leurs patients et que l'Association pour le droit à mourir dans la dignité a pu rapporter qu'environ 10 000 situations sont à prendre en compte pour édicter une loi autorisant l'aide active à mourir. Voir Assemblée nationale, Rapport n° 2065 du 10 novembre 2009 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi relative au droit de finir sa vie dans la dignité.

préméditation s'entend par ailleurs d'un « dessein mûrement réfléchi et persistant d'attenter à la vie d'autrui par des moyens soigneusement choisis dans l'intention de réussir l'entreprise coupable »⁶⁵⁷. Au surplus, l'auteur relève notamment que les juges, comme le ministère public qui ne déclenche pas l'action publique, se montrent particulièrement cléments à l'égard des auteurs. Il est alors permis de penser que les peines encourues sont, dans ces hypothèses, plus symboliques que proportionnelles à l'acte commis⁶⁵⁸.

Bien que le mobile soit inopérant, cet acte ne saurait en effet être assimilé à l'infraction d'assassinat telle qu'elle se présente habituellement. Il s'agit de la répression d'un homicide sur demande, laquelle provient de patients atteints de lourds handicaps ou de maladies incurables et qui ne répondent pas aux conditions légales de la fin de vie. Parmi les quelques cas d'espèce fortement médiatisés, l'affaire Vincent Humbert précédemment évoquée est un exemple éloquent. En d'autres termes, comme le souligne CH. ANDRE « la qualification d'homicide volontaire sollicitée en jurisprudence a le mérite de mettre en valeur l'interdit pénal au plus haut de sa classification tripartite, ce qui satisfait la fonction expressive de la loi pénale : la valeur de vie fait l'objet d'une protection absolue »⁶⁵⁹. Néanmoins, l'empoisonnement constitue une qualification *a priori* satisfaisante au regard des substances employées et, si toutefois cette qualification est en concours avec celle d'assassinat, la qualification spéciale l'emporte. Ces circonstances créent une brèche dans la barrière érigée entre le droit et les considérations morales. M. BÉNÉJAT-GUERLIN explique alors justement que « la singularité de la circonstance appelle une réponse pénale spéciale »⁶⁶⁰ et peut-être faudrait-il songer à dépasser le carcan du droit pénal commun⁶⁶¹.

L'appréhension de la libre disposition du corps est ici entravée par l'absence d'effet justificatif du consentement et, surtout, par l'inadaptation des qualifications applicables à ces faits inédits. C'est en effet la particularité de cette situation qui montre les limites du droit pénal commun, qui se montre même défaillant dans certaines situations.

⁶⁵⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tome II, Cujas, 1981, cité par P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 144.

⁶⁵⁸ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 145. Voir par exemple Cour ass. de la Dordogne, 15 mars 2007 : le médecin a prescrit une dose mortelle de potassium à sa patiente et ne fut condamné qu'à un an de prison avec sursis pour empoisonnement.

⁶⁵⁹ CH. ANDRE, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC* 2004, p. 43 s., spéc. p. 47.

⁶⁶⁰ M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 396. L'auteur ajoute que cette réponse pénale « mériterait de figurer au sein des dispositions propres à la bioéthique. Sur cette question, voir *infra* n° 351 s.

⁶⁶¹ Voir *infra* n° 351 s.

2) *La défaillance du droit pénal face à la gestation pour autrui*

249. Les sanctions civiles de la gestation pour autrui – La pratique de la gestation pour autrui est mise en œuvre lorsqu'un couple hétérosexuel ou homosexuel ne pouvant avoir d'enfant recourt à une mère porteuse⁶⁶². La convention conclue entre les deux parties a pour objet d'assurer que la mère portant l'enfant remettra celui-ci aux parents d'intention dès la naissance, contre rémunération ou non. Le volet civil de cette pratique témoigne d'une certaine évolution. L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1991⁶⁶³ condamna cette pratique sur le fondement de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Il s'en est ensuivi l'insertion de l'article 16-7 du Code civil qui dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Forte des condamnations dont la France a fait l'objet au vu des conséquences de ces décisions sur le droit de la filiation⁶⁶⁴, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière a rendu, le 3 juillet 2015⁶⁶⁵, deux arrêts admettant la transcription sur les registres de l'état civil de deux enfants issus d'une gestation pour autrui effectuée en Russie. Cette solution ne saurait être assimilée à l'admission de cette pratique, la Cour de cassation ne faisant qu'appliquer les règles en vigueur relatives à la

⁶⁶² Les spermatozoïdes pouvant provenir du père d'intention ou d'un tiers donneur et les ovocytes de la mère porteuse, de la mère d'intention ou d'une donneuse. La maternité pour autrui se différencie de la gestation pour autrui. Le premier terme implique que la mère porteuse n'est pas la mère biologique, tandis que le second terme signifie qu'elle porte un enfant dont elle est la mère biologique. Pour des raisons de clarté des démonstrations actuelles et à venir, seul le terme de gestation pour autrui sera employé.

⁶⁶³ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, arrêt préc. La portée de cet arrêt fût considérable puisqu'il interdit d'établir, au regard du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, un lien de filiation ainsi que l'adoption de l'enfant issu d'une GPA par la mère d'intention.

⁶⁶⁴ La Haute juridiction a par exemple admis le refus de transcription de la paternité biologiquement établie sur les registres de l'état civil, Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 2011, n° 10-19.053. La France s'est vue condamnée quatre fois par la CEDH, voir CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France* ; CEDH 21 juillet 2016, n° 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c/ France* ; CEDH 19 janvier 2017 n° 44024/13 *Laborie c/ France*. Voir également, sur la pratique de la gestation pour autrui, CEDH 24 janvier 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

⁶⁶⁵ Cass. ass. plén. 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002. Dans les deux affaires, le principe de nullité d'une convention portant sur le corps d'autrui avait été invoqué par le Ministère public afin de justifier son opposition à la transcription. Néanmoins, le principe d'indisponibilité du corps humain n'est pas exclusif de la reconnaissance de la filiation de l'enfant, puisque la Haute juridiction a admis la transcription au motif que l'acte de naissance n'était pas irrégulier. Les interrogations portaient en effet sur la valeur probante des actes d'état civil établis à l'étranger. Comme le soulève CH. SOULARD, « l'interdiction de transcrire l'acte de naissance ne résultait-elle pas de la loi mais bien uniquement de la jurisprudence de la Cour de cassation », CH. SOULARD, « Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, n° 2, 2016, p. 189 s., spéc. p. 201.

filiation⁶⁶⁶ et cela ne modifie en rien la nullité des conventions ayant pour objet le corps humain. Le droit civil prend donc en considération les conséquences de cette pratique, en ce qu'elles influent sur le droit de la filiation. Parallèlement, elle influe également sur l'interdiction d'une mise à disposition du corps, que le droit pénal semble en revanche ignorer.

250. La faible portée des incriminations en vigueur – À l'origine de débats récurrents, la pratique de la gestation pour autrui est décriée par ses contradicteurs, qui s'appuient notamment sur l'argument de la « vente d'enfant » ou de la « location d'utérus » que cela engendrerait. Paradoxalement, cette pratique n'est pas incriminée sous cet angle. En effet, le fait de provoquer les parents ou la mère porteuse à abandonner l'enfant est réprimé à l'article 227-12 alinéa 1^{er}⁶⁶⁷ du Code pénal, tandis que l'alinéa 2 sanctionne l'entremise entre les parents d'intention et la mère porteuse. Toutefois, cette incrimination est classée dans les atteintes à la filiation, ce qui laisse à penser que l'intégrité physique de la mère n'est pas la valeur sociale à protéger. Toujours au titre des atteintes à la filiation, le Code pénal réprime ensuite la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à la filiation de l'enfant⁶⁶⁸, qui se traduit par une déclaration de l'enfant à l'état civil, ce qui entraîne une présomption de maternité et de paternité. L'élément moral, déduit des circonstances de l'infraction, est quant à lui constitué par l'intention de porter atteinte à la filiation de l'enfant en connaissance des dispositions légales⁶⁶⁹.

Enfin, la gestation pour autrui reçoit également une forme de répression complémentaire au travers des délits d'assistance illicite à la procréation médicalement assistée et de trafic

⁶⁶⁶ Notamment l'article 47 du Code civil aux termes duquel « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Le législateur semblait enclin, antérieurement à ce revirement de jurisprudence, à admettre l'établissement de la filiation des enfants issus d'une GPA. La circulaire du 25 janvier 2013 provenant du Ministère de la justice a ordonné la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents français « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». Pour une illustration récente, voir Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597 (quatre arrêts) ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Gestation pour autrui : l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée ! », *AJ Famille* 2017, p. 482 s. Les deuxième et quatrième arrêts concernent l'annulation d'un acte de transcription à l'état civil pour cause de fraude et le troisième arrêt établit que la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas obstacle à ce que l'épouse du père d'intention adopte l'enfant.

⁶⁶⁷ Article 227-12 du Code pénal.

⁶⁶⁸ Article 227-13 du Code pénal.

⁶⁶⁹ M. LOBE LOBAS, « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », *in Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, LGDJ, 2015, p. 581 s., spéc. p. 586.

d'embryons⁶⁷⁰. L'assistance médicale à la procréation est en effet autorisée pour « remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ». Or, le fait de recourir à cette activité en dehors des dispositions de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est réprimé à l'article 511-24 du Code pénal. De manière indirecte également, la répression du trafic d'embryon et de gamètes⁶⁷¹ permet de sanctionner le recours à la gestation pour autrui. Aucune incrimination ne réprime donc directement cette pratique au nom de l'indisponibilité du corps humain.

251. L'absence du corps dans les incriminations - Le volet pénal n'encadre pas la pratique de la mise à disposition du corps, ni même l'obtention d'un enfant contre rémunération. Nulle trace du corps humain dans ces incriminations. Pourtant, les difficultés éthiques proviennent justement de la finalité de cette gestation, *pour autrui*. Autrement dit, l'opprobre est jeté sur la mise à disposition du corps jugée excessive mais celle-ci ne reçoit aucune traduction pénale. De la même manière la transaction à titre onéreux, comme à titre gratuit, dont l'enfant est l'objet n'est pas pénalement réprimée. Il n'est pas nécessaire de se positionner sur l'admission de la gestation pour autrui pour déplorer le manque de cohérence de la politique criminelle actuelle, soit parce que son objet premier concerne la filiation, soit parce qu'elle traite la question au travers d'incriminations indirectement applicables.

Le jugement rendu le 22 mars 2016 par le tribunal correctionnel de Blois⁶⁷² illustre ces lacunes. En l'espèce, une femme acceptait de porter l'enfant des parents d'intention contre rémunération, puis leur indique que l'enfant est décédé au cours de l'accouchement. Elle prend ensuite contact avec un autre couple, à qui elle remet l'enfant contre rémunération et réitère ce procédé avec un autre couple. Les parents d'intention ont été condamnés pour provocation à l'abandon d'enfant et, faute d'incrimination spéciale, le tribunal a condamné la mère pour escroquerie⁶⁷³. Si, juridiquement, les éléments constitutifs de l'infraction sont caractérisés car il s'agit bien de manœuvres employées aux fins d'obtenir des fonds, sur un plan éthique les faits correspondraient davantage à l'infraction de traite des êtres humains. Néanmoins, comme le

⁶⁷⁰ Pour davantage de développements, voir M. LOBE LOBAS, « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », art. préc., spéc. p. 588 s.

⁶⁷¹ Articles 511-9, 511-15, 511-23 et 511-25-1 du Code pénal.

⁶⁷² Trib. corr. Blois, 22 mars 2016, JurisData n° 2016-006174 ; M.-C. GUÉRIN, « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? », *Droit de la famille*, octobre 2010, étude n° 18.

⁶⁷³ Article 313-1 du Code pénal.

souligne M.-C. GUERIN, l'application d'une incrimination aussi sévère et aussi peu définie ne semble pas aisément envisageable⁶⁷⁴.

La nullité du contrat de mère porteuse emporte seulement comme conséquence qu'aucune des parties au contrat ne pourra en demander l'exécution, et ne comporte aucune traduction pénale. En réalité, la répression pénale ne porte pas sur la mise à disposition par la mère de son corps, ni sur le recours à une mère porteuse par les parents d'intention. Seules l'entremise ainsi que les atteintes à la filiation sont réprimées, autrement dit le corps humain brille par son absence au sein de dispositions pénales dont il est l'objet premier. En outre, la défaillance des incriminations existantes constitue un obstacle à la répression de cette pratique lorsqu'elle a été commise à l'étranger, autrement dit dans les hypothèses les plus fréquentes.

252. L'incompétence de la loi pénale dans l'espace - Enfin, le droit pénal n'est pas compétent pour saisir des contrats de gestation pour autrui conclus à l'étranger. Si la loi du pays concerné autorise cette pratique, aucune sanction n'est en effet applicable. L'article 113-6 du Code pénal, régissant les compétences de la loi française pour les crimes et délits commis par un Français à l'étranger, dispose en son alinéa 1^{er} que « La loi Française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République ». Aucune des qualifications pénales précédemment citées ne constitue un crime donc cette disposition ne saurait s'appliquer. Ensuite, l'alinéa 2 dispose que la loi française « est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Les infractions codifiées à l'article 227-12 du Code pénal répondent en effet à la qualification de délit mais ne connaissent pas de réciprocité d'incrimination.

253. Conclusion de la Section 2 – Le droit pénal de la personne humaine se voit une fois de plus confronté à ses limites au contact d'un corps humain qui émerge de plus en plus dans l'infraction. Si l'instrumentalisation du corps humain dans la preuve du résultat de l'infraction est perçue de façon positive⁶⁷⁵, tel n'est pas le cas lorsqu'il sert à la commission de l'infraction. L'utilisation des éléments et produits comme substance de contamination en témoigne, et la qualification des infractions pâtit d'éléments constitutifs devenus trop étroits,

⁶⁷⁴ M.-C. GUÉRIN, « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? », art. préc.

⁶⁷⁵ Voir *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

ou simplement inadaptés au comportement de l'auteur. Ces constats se répercutent également dans d'autres situations spécifiques. Par exemple, les nombreux progrès scientifiques dont il a été précédemment fait état conduisent à s'interroger sur la définition de la personne humaine telle qu'elle est entendue par le droit pénal. Le corps artificiel, réparé par des prothèses, des éléments humains ou même amélioré de façon superflue, remplace parfois le corps humain dans la réalisation de l'infraction. Il faut alors reconsidérer les éléments constitutifs de certaines infractions, qui devront être interprétés avec souplesse à l'avenir. Enfin, une évolution est souhaitable en matière de gestation pour autrui et de fin de vie. Ces exemples sont de ceux qui mettent particulièrement en lumière l'étroitesse des incriminations, d'une part car les débats qui ont cours témoignent de l'importance des valeurs sociales qu'ils engagent et, d'autre part, car ils montrent bien que lorsque le droit pénal est inadapté, c'est parce que le corps crée, au travers des droits nouveaux qu'il génère, des contextes infractionnels particuliers. En ce que les rapports que la personne entretient avec son corps évoluent, le corps humain pousse le droit pénal dans ses retranchements. Une évolution est souhaitable car dans le cas contraire, la distance entre les deux ne fera que s'accroître.

254. Conclusion du Chapitre 1 – S'il a été démontré que lorsque le corps humain est traité comme un support de la personne humaine le droit pénal l'appréhende de façon satisfaisante⁶⁷⁶, il en va autrement lorsqu'il est perçu indépendamment de cette notion. Les avancées incessantes de la biomédecine lui ont en effet octroyé une place qui ne cesse de s'accroître et ce mouvement a mis en lumière les faiblesses d'un droit pénal qui, bouleversé dans son approche de l'infraction, en ressort confus et incertain. Le législateur a tenté de contenir les dispositions relatives à la bioéthique au sein du Code pénal mais à peine a-t-il construit l'arsenal législatif autour du corps que la notion de personne humaine nécessite à son tour des adaptations.

En matière bioéthique tout d'abord, le corps humain a commencé à émerger avec l'adoption des lois de juillet 1994 et leur intégration en droit pénal n'est pas exempte de critiques. Aux fins de décrire ce qui se présente comme le droit pénal de la bioéthique, PROTHAIS explique qu'il s'agit de « juxtapositions successives de dispositions nouvelles, sous prétexte de spécialisation technique, dans un désordre qui devient de plus en plus

⁶⁷⁶ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II.

injustifiable »⁶⁷⁷. Les caractéristiques propres à la matière en sont aux fondements car elles nécessitent inévitablement de faire appel à d'autres branches du droit afin de définir les éléments constitutifs des infractions. Incriminations par renvoi, doublons et codification anarchique de certaines incriminations sont à l'origine d'un droit pénal de la bioéthique peu lisible. L'analyse de la substance des dispositions pénales n'est pas plus satisfaisante car les lacunes constatées dans les définitions comme dans les sanctions dévoilent un arsenal législatif élaboré de manière approximative. **Ce système législatif qui tente, depuis 1994, d'appréhender le corps personnifié indépendamment de la personne et de constituer un droit pénal de la bioéthique efficient se révèle inadapté.** L'appréhension du corps comme un support de la personne aurait mené à un rassemblement des incriminations dans le Livre II du Code pénal, conformément à son statut.

La personne humaine constitue en effet le point de convergence de toutes les valeurs sociales protégées, dont certaines sont véhiculées par le corps humain. Or, celui-ci constitue l'objet premier des infractions relatives à l'éthique et diffuse des valeurs sociales identiques à celles protégées par le Livre II du Code pénal⁶⁷⁸. Comme le souligne G. GIUDICELLI-DELAGE, « si le corps est la personne, le biologique s'y fonde et se soumet aux règles du droit des personnes »⁶⁷⁹. Dès lors que le corps humain n'est pas un bien juridique protégé, il semble vain d'étouffer le droit pénal sous une multitude d'incriminations qui prétendent protéger une valeur qui n'en est pas une ou qui, concernant l'éthique, est bien trop floue pour constituer une référence. Le foisonnement d'infractions ne fait que nuire à la clarté du droit pénal commun, qui satisferait pourtant aux objectifs de répression du moins pour les comportements les plus graves.

Ensuite, la notion de personne humaine évolue peu à peu au travers des modifications que l'homme effectue sur son corps, donc les éléments constitutifs des infractions dont elle est l'objet nécessitent d'être repensés. L'homme augmenté, auteur ou victime d'une infraction pénale, ne peut pas se voir appliquer des règles identiques lorsque l'outil de commission de l'infraction ou la partie du corps lésée est artificielle. Or, il semble difficile voire vain de

⁶⁷⁷ A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 42 s. L'auteur emploie le terme de « droit pénal de la vie humaine » qu'il préfère au terme de droit pénal de la bioéthique.

⁶⁷⁸ Toutes les incriminations du Livre V ne sont pas relatives au corps de la personne humaine, puisque l'embryon ainsi que les éléments et produits du corps humain y sont présents. Partant, les infractions dont ils sont l'objet ne peuvent, en l'état du droit positif, être intégrées dans le Livre II. Sur l'intégration de ces infractions dans le Livre II du Code pénal, voir *infra* n° 329 s.

⁶⁷⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », art. préc., spéc. p. 26.

contenir l'émergence du corps et d'envisager l'interdiction de la technologie. La question dépasse le droit car la science dépasse le droit. Celle-ci ne cessera d'évoluer et de contraindre le droit pénal à s'adapter à une nouvelle perception de la personne humaine. Parallèlement, la montée en puissance de l'autonomie personnelle et l'appréhension délicate que nécessitent certaines valeurs sociales véhiculées par le corps confrontent le droit pénal à d'autres limites. Les médecins ou les non professionnels qui mettent fin à la vie d'un patient à sa demande se voient généralement condamnés sur le fondement d'administration de substances nuisibles, ou encore d'assassinat. Ces infractions ne répondent pas, le plus souvent, à la qualification réelle des faits et ne prennent pas en compte les particularités du contexte de soin. Enfin, la gestation pour autrui a constitué un exemple éloquent des défaillances dont le droit pénal pouvait faire preuve lorsque le corps est le support principal de commission de l'infraction. Il en résulte que, **même lorsque le corps se voit appliquer le droit pénal de la personne, il influe sur les éléments constitutifs des infractions et sur la qualification applicable aux faits, ce qui contraint le droit pénal à évoluer.**

Les difficultés que rencontre le droit pénal dans son appréhension du corps personnifié ayant été identifiées, il convient d'opérer une démarche similaire avec le corps dépersonnalisé. En effet, celui-ci ne pouvant être assimilé à la personne, des difficultés risquent de se présenter.

Chapitre 2 : Le droit pénal inadapté au corps dépersonnalisé

255. Les incertitudes autour du statut du corps dépersonnalisé – Au regard du droit positif, la notion de personne renvoie aux êtres humains nés et vivants⁶⁸⁰. Le corps dépersonnalisé véhicule, on le verra, des valeurs sociales dont l'humain bénéficie. En tant que supports de ces valeurs sociales, ce dernier suit le régime applicable à la catégorie juridique à laquelle il appartient, choses ou personnes⁶⁸¹, dont il faudra s'inspirer. Les dispositions du Livre V du Code pénal ainsi que du Code de la santé publique sanctionnent le non-respect des conditions relatives au prélèvement, à la conservation et à l'utilisation de ces éléments et produits. Pour autant, nulle trace d'une quelconque précision quant à leur statut et ces lacunes peuvent être sources d'incertitudes. En effet, pour reprendre l'exemple donné par J.-P. BAUD dans son célèbre ouvrage⁶⁸², qu'advient-il de la main d'un individu accidentellement coupée puis appréhendée par un tiers qui souhaite s'en débarrasser ? Les difficultés commencent à poindre car la main pourrait être qualifiée de bien et, par conséquent, susceptible d'une appropriation par le premier venu voire même d'un vol. Il est toutefois acquis que les éléments et produits du corps humain sont des choses⁶⁸³, seul le lien les unissant à la personne fait l'objet de controverses. Aussi, les éléments et produits du corps humain seront traités ultérieurement, sous l'angle de leur statut et du lien juridique qui les unit à la personne⁶⁸⁴.

256. La dissociation préjudiciable du corps et de la personne – Il faut alors analyser la manière dont le corps dépersonnalisé est appréhendé par le droit pénal. En effet, puisqu'il ne peut bénéficier des valeurs sociales reliées à la personne humaine et qu'il ne peut être traité comme une valeur sociale sans que cela n'emporte des conséquences qui lui sont préjudiciables, du moins le suppose-t-on au regard des démonstrations précédentes, la réponse pénale aux

⁶⁸⁰ Voir *supra* n° 60.

⁶⁸¹ Voir *supra*, n° 121 s.

⁶⁸² J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Editions du Seuil, 1993.

⁶⁸³ Voir notamment J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2013, p. 217 s. ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, p. 613 s. ; CH. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, Thèse Paris I, Editions Universitaires européennes, 2011.

⁶⁸⁴ Voir *infra*, Partie II, Titre II.

atteintes qui lui sont portées interroge. Le corps dépersonnalisé semble retenir l'attention du législateur dans une certaine mesure. Les incriminations du Livre V réglementent en effet l'utilisation de l'embryon et le corps en décomposition fait quant à lui l'objet d'une incrimination d'atteinte à l'intégrité du cadavre, au titre des atteintes à la personne. Néanmoins, puisqu'ils ne sont pas rattachés à la personne ou, à tout le moins, que ce rattachement semble contestable concernant le cadavre⁶⁸⁵, il n'est pas acquis que le régime qui leur est actuellement applicable leur soit favorable, faute de rattachement à la valeur sociale suprême du Code pénal.

L'appréhension maladroite du corps dépersonnalisé par le droit pénal trouve une fois de plus sa source dans cette présomption de valeur sociale protégée que le législateur tient pour acquise. L'analyse des incriminations dont il fait l'objet ou, plus généralement, la place et le statut qui lui sont accordés en droit pénal permettra de conclure à la négligence du corps en formation (**Section 1**) et du corps en décomposition (**Section 2**).

Section 1 : La négligence du corps en formation

257. L'ambivalence du droit pénal – Les corps dépersonnalisés reçoivent un traitement inégal par le droit comme par la pratique. Les différentes utilisations du corps en formation en témoignent car s'ils étaient porteurs des valeurs sociales bénéficiant à la personne, très peu de ces actes seraient autorisés. L'évolution législative fait apparaître un ensemble de dispositions de plus en plus structuré qui encadre le régime applicable à l'embryon, mais également de plus en plus libéral. Ces dispositions pourraient laisser croire que le législateur pénal lui a octroyé une protection, pourtant il apparaît que l'embryon suscite son intérêt surtout au regard des recherches dont il peut faire l'objet. Des interrogations surgissent quant au statut du corps en formation qui, ne pouvant être qualifié de personne par le droit, devrait dans ce cas être classé dans la catégorie des choses. De même, dans le silence du législateur le statut juridique de l'enfant à naître interroge. Rien dans les textes ni dans la jurisprudence n'indique qu'il est une chose et pour être associé aux valeurs sociales relatives à la personne, encore faut-il qu'il puisse répondre à cette qualification. Au regard des enjeux qui transparaissent derrière ces considérations, l'on s'attend à ce que le législateur ait fait siennes ces interrogations et que le corps en formation soit un objet de protection. En réalité, celui-ci se montre ambivalent. Des

⁶⁸⁵ Sur la définition des corps dépersonnalisés, voir *infra* n° 3.

dispositions pénales encadrent par exemple l'utilisation de l'embryon mais rien dans la loi ne permet d'identifier son statut. Le cadre législatif apparu suite aux lois de bioéthique ne semble avoir pour objet que la recherche scientifique et laisse d'autres préoccupations fondamentales à l'abandon.

258. Annonce de plan – Seul l'embryon suscite l'attention du législateur mais sous le prisme de la bioéthique, autrement dit non pour ce qu'il est mais pour ce qu'il représente. Le corps en formation est donc quelque peu mis de côté, soit parce qu'à l'étude des textes et de la pratique le statut de l'embryon comporte des lacunes (§1), soit parce que la jurisprudence, couplée au silence du législateur, trahit l'absence de statut du fœtus (§2).

§ 1 - Les lacunes du statut de l'embryon

259. Le statut de l'embryon au service de la science – Confronté aux avancées scientifiques, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises afin d'encadrer les recherches dont l'embryon peut faire l'objet, de plus en plus variées. La recherche sur l'embryon consiste à « soumettre à essais cliniques des techniques en cours de développement et destinées à améliorer l'efficacité des méthodes de procréation médicalement assistée ou à prévenir ou soigner des pathologies chez l'embryon »⁶⁸⁶. L'embryon fait partie des préoccupations du législateur au regard de la diversité du potentiel qu'il offre. Cellules souches embryonnaires, diagnostic prénatal ou encore assistance médicale à la procréation sont autant d'activités qu'il est nécessaire de réglementer. Les lois de 1994 ont d'emblée interdit les recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, à l'exception de quelques dérogations. Désormais autorisées par la loi ces avancées scientifiques soulèvent de nombreuses interrogations notamment quant à la mise en balance, en droit pénal, de l'intérêt scientifique et de la protection de l'humain. En outre, ces recherches influencent doublement le statut de l'embryon. En effet, seul un statut de chose permettrait *a priori* de justifier ces recherches et, parallèlement, elles-mêmes conduisent à le qualifier de chose.

260. Annonce de plan - Le législateur comme la jurisprudence se gardent de donner une définition. En conséquence, il subsiste des incertitudes relatives à son statut ainsi qu'à la

⁶⁸⁶ Cons. const. 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, *JO* du 27 janvier 2016, Considérant n° 85.

catégorie juridique à laquelle il appartient, ce qui sème alors le trouble quant à sa prise en considération par le droit pénal. L'instrumentalisation de l'embryon (A) entraîne alors inévitablement sa réification (B), qui n'est pas reconnue expressément par le législateur.

A. L'instrumentalisation de l'embryon

261. L'autorisation progressive des recherches sur l'embryon – Peu à peu, le législateur a cédé du terrain aux pratiques scientifiques. Suite à l'adoption des lois de bioéthique de 1994, l'ancien article L. 152-8 du Code de la santé publique prohibait « la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation », ainsi que « toute expérimentation sur les embryons »⁶⁸⁷. La fécondation *in vitro* permet d'obtenir plusieurs embryons dits « bébés éprouvette », conçus à l'extérieur du corps de la femme et dont certains seulement seront implantés dans l'utérus aux fins de gestation. La Loi du 6 août 2004⁶⁸⁸ a ensuite instauré un régime dérogatoire. Tout en maintenant le principe de l'interdiction de recherche sur l'embryon, le législateur a autorisé les recherches « susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques »⁶⁸⁹. Il est à noter que ces dispositions avaient vocation à être temporaires mais ont été maintenues par la Loi du 7 juillet 2011⁶⁹⁰, qui a instauré ce régime à titre permanent malgré l'avis du Conseil d'Etat⁶⁹¹ et du Comité consultatif national d'éthique⁶⁹². La libéralisation croissante de la recherche a conduit à faire de l'exception le principe et, dans cette lignée, la Loi du 6 août 2013⁶⁹³ a autorisé les recherches sur les embryons et les cellules souches sous conditions. La pertinence

⁶⁸⁷ Loi n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* du 30 juillet 1994.

⁶⁸⁸ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* du 7 août 2004.

⁶⁸⁹ Article L. 2151-5 du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁶⁹⁰ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO* du 8 juillet 2011. Pour une étude des principales dispositions, voir J.-R. BINET, « La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2005 : 3^{ème} partie », *Droit de la famille*, décembre 2004, étude n° 28 ; du même auteur, « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP G* 2011, n° 29-34, act. 846.

⁶⁹¹ Conseil d'État, « La révision des lois de bioéthique », *La Documentation française*, juin 2009.

⁶⁹² CCNE, Avis n° 112 du 21 octobre 2010, « Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules souches d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain *in vitro* ».

⁶⁹³ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *JO* du 7 août 2013.

scientifique de la recherche et sa finalité médicale⁶⁹⁴, l'exclusion de toute autre possibilité de recherche en l'état des connaissances scientifiques, ainsi que le respect des principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires étaient exigés. Enfin, cette recherche ne pouvait être menée qu'avec le consentement du couple, qu'à partir d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne faisaient plus l'objet d'un projet parental. Le consentement permet alors de protéger quelque peu l'embryon bien que désormais, le principe tend à la libéralisation des recherches sur l'embryon.

262. La consécration de l'autorisation des recherches – La Loi du 26 janvier 2016⁶⁹⁵ a entériné ce régime de libéralisation de la recherche en étendant encore leur champ. Une disposition supplémentaire a été insérée à l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique et désormais, « des recherches biomédicales menées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation peuvent être réalisées sur des gamètes destinés à constituer un embryon ou sur l'embryon *in vitro* avant ou après son transfert à des fins de gestation, si chaque membre du couple y consent. Ces recherches sont conduites dans les conditions fixées au titre II du livre Ier de la première partie »⁶⁹⁶. Autrement dit, dans cette situation ces recherches peuvent être effectuées sur un embryon *in utero* et, lorsqu'elles sont pratiquées sur un embryon *in vitro*, celui-ci est désormais susceptible d'être implanté à des fins de gestation. En outre, elles sont encadrées par des dispositions relatives à la personne⁶⁹⁷.

Deux régimes coexistent alors. Tout d'abord, celui des embryons surnuméraires créés dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, ne faisant plus l'objet d'un projet parental et pouvant faire l'objet de recherches diverses (par exemple sur les cellules souches).

⁶⁹⁴ Il est à noter que la loi du 6 août 2004 soumettait la recherche à l'existence d'un « progrès scientifique », devenue « finalité médicale » avec la loi du 6 août 2013. Celle-ci a par ailleurs été déclarée conforme à la Constitution, en ce qu'elle offre des garanties suffisantes pour maintenir la protection de l'embryon et ne méconnaît pas le principe de sauvegarde du respect de la personne humaine, Cons. const. 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC, *JO* du 7 août 2013.

⁶⁹⁵ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO* du 27 janvier 2016.

⁶⁹⁶ Article L. 2151-5 V du Code de la santé publique. Le Titre II du Livre Ier de la Première partie du Code de la santé publique encadre les recherches pratiquées sur la personne humaine.

⁶⁹⁷ Pour une critique de ces dispositions, voir par exemple A. MIRKOVIC, « L'apport au droit de la biomédecine de la loi du 26 janvier 2016 », *Droit de la famille*, octobre 2016, dossier n° 38. L'auteur ne manque pas de souligner notamment que la tentation peut être grande de créer plus d'embryons qu'il n'en faut pour la réalisation de l'AMP, aux fins de pouvoir en disposer pour la recherche et ainsi contourner l'interdiction de création d'embryons à cette fin. Il peut néanmoins être objecté que le législateur semble avoir anticipé cette possibilité, en limitant la création d'embryons « à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre » (article L. 2141-3 al. 2 du Code de la santé publique).

Ces embryons sont soumis aux dispositions relatives aux recherches sur l'embryon. Ensuite, un autre régime est applicable aux embryons conçus *in utero* ou *in vitro* faisant l'objet de recherches exclusivement concentrées sur les techniques de procréation médicalement assistée. Ces embryons se voient appliquer les dispositions relatives aux recherches biomédicales sur la personne, ce qui engendre des incertitudes quant à leur statut⁶⁹⁸. Cette dualité de régime n'est pas sans engendrer des confusions au sein d'un amas de textes qui déjà ne se distinguaient pas par leur clarté⁶⁹⁹. Du reste, ce second régime ne saurait être perçu comme une volonté de protection de l'embryon. L'application du régime des personnes ne préjuge pas de sa reconnaissance en tant qu'être humain mais de l'inertie du législateur sur la question du statut de l'embryon⁷⁰⁰. En outre, le support de la recherche reste la mère ainsi que la technique d'assistance médicale à la procréation, ce qui peut expliquer l'application du régime des personnes. Chose lorsqu'il n'est plus voué à se développer *in utero*, il penche du côté des personnes lorsqu'il a une chance de revêtir éventuellement un jour cette qualité⁷⁰¹.

Le droit pénal a fait sienne cette libéralisation et sanctionne les comportements délictueux des praticiens dans le cadre de ces recherches. L'on ne reviendra pas sur l'organisation douteuse du Livre V du Code pénal, ni sur ces incriminations faussement éthiques qui caractérisent l'appréhension des embryons par le droit pénal. Il sera néanmoins rappelé que les dispositions pénales applicables concernent avant tout le non-respect des autorisations liées à ces recherches. Autrement dit, le législateur n'a pas mis en place un régime protecteur de l'embryon en lui-même mais des activités dont il fait l'objet et qui peuvent mener à de potentielles dérives. L'instrumentalisation de l'embryon semble bien ancrée en droit positif car il a su se rendre indispensable à la science. La philosophie qui guide les dispositions législatives en la matière est donc empreinte de libéralisme. Le droit est, une fois de plus, au service de la science biologique mais ne semble pas avoir été au bout de sa démarche. Ce

⁶⁹⁸ A. MIRKOVIC, « L'apport au droit de la biomédecine de la loi du 26 janvier 2016 », art. préc.

⁶⁹⁹ Sur la question des incriminations « faussement éthiques » et des incriminations par renvoi, voir *supra* n° 184 s. Il est regrettable que ces incriminations, déjà peu claires en ce qu'elles répriment le non-respect d'autorisations de recherche contenues dans le Code de la santé publique, aboutissent à des incriminations par renvoi, qui elles-mêmes imposent de distinguer deux régimes.

⁷⁰⁰ Le fait d'avoir soumis les recherches sur les embryons faisant encore l'objet d'un projet parental, et destinés à être implantés au régime des recherches biomédicales effectuées sur la personne, a cependant le mérite de permettre un encadrement des pratiques d'assistance médicale à la procréation.

⁷⁰¹ En effet, il peut être considéré que l'application du régime de la personne est dû au fait que ces embryons sont destinés à être implantés et ainsi devenir, à terme, des personnes.

support des valeurs sociales ne semble rattaché à aucune catégorie juridique mais il est possible de déduire que le statut de chose lui est applicable.

B. La réification de l'embryon

263. La nécessité de prévoir un régime adéquat à l'embryon – Les dangers que représente la recherche scientifique ne s'apprécie pas uniquement au regard des potentielles dérives mais également au vu du statut de l'objet des recherches. Le passage d'une interdiction avec dérogation à une autorisation assortie d'exceptions n'est pas sans conséquence. Devant l'infini des possibilités offertes par la science, nombre de recherches se situent à la frontière de l'interdiction et de l'autorisation. Or, l'autorisation sous condition permet d'effectuer toute recherche qui n'est pas interdite, ce qui interroge car il semble illusoire de dresser une liste quelque peu exhaustive des recherches prohibées. Il est alors nécessaire de pouvoir attribuer un statut à l'embryon, interrogation qui divise la doctrine. Ce corps est instrumentalisé mais il est humain, donc son statut oscille entre celui de personne et celui de chose.

264. Annonce de plan – Malgré son caractère humain, la notion et le régime de la personne ne sont pas adaptés à l'embryon, qui se verra rejeter cette qualification (1), tandis que celle de chose lui sera préférée (2).

1) Le rejet de la personnification de l'embryon

265. La tentative d'une personnification de l'embryon – En l'absence de précisions légales, la doctrine se divise sur le statut de l'embryon ainsi que sur la fonction occupée par le droit sur cette question. M. HERZOG-EVANS considère par exemple que c'est l'« humanité qui doit s'imposer par nature au droit : le droit devrait plier devant l'évidente humanité de l'embryon dès la fécondation et ce n'est pas un raisonnement juridique qui doit en établir la nécessité, mais la biologie, l'éthique et, sans doute, le caractère sacré de l'Homme »⁷⁰². Cependant, cette position ne fait pas l'unanimité et les incriminations relatives à l'embryon ne vont pas davantage en ce sens. L'humanité ne suffit pas à ranger l'embryon dans la catégorie

⁷⁰² M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, p. 65 s., spéc. p. 72.

des personnes, ce qui a mené à la théorie, plus nuancée, de la « personne potentielle », conformément à l'avis du Comité consultatif national d'éthique⁷⁰³. Néanmoins, une personne potentielle n'est, par définition, pas une personne, mais un être humain en voie de devenir une personne. Pour d'autres, du fait que la mère puisse mettre un terme à sa grossesse et que la reconnaissance de l'embryon par le droit civil dépende de sa viabilité, il dispose d'une personnalité juridique conditionnelle⁷⁰⁴. Cette position soulève des difficultés car d'une part, l'attribution de la personnalité juridique dépend du droit de la femme à disposer de son corps et d'autre part, le critère de la viabilité est jugé incertain⁷⁰⁵. Pour d'autres encore, l'embryon est une personne par destination⁷⁰⁶. Or comme le relève M. HERZOG-EVANS, « transposer la *summa divisio* des meubles et des immeubles à celle des personnes et des objets, entraîne donc nécessairement la lecture suivante : l'embryon est par nature une chose que le droit va considérer comme une personne dès la fécondation, parce que son destin est de devenir – mais quand ? – une personne humaine »⁷⁰⁷. Les difficultés pour déterminer le moment où l'embryon peut être qualifié de personne ne sont donc que repoussées et cette théorie n'apparaît pas plus satisfaisante que les précédentes. L'être humain a été précédemment défini comme ce qui est propre à l'homme, ce qui comporte les caractéristiques de l'homme⁷⁰⁸. Ainsi envisagée, la notion d'être humain recouvre une réalité biologique, mais pas toujours spirituelle. Il s'agit d'être humain, soit d'exister en tant qu'humain et l'embryon se forme à partir d'un assemblage de cellules humaines. Le fait que cet humain soit en formation et ne soit pas viable ne modifie pas cette réalité biologique. L'embryon est un être humain en ce sens qu'il possède des

⁷⁰³ CCNE, Avis n° 1 du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport ; Avis n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques ; Rapport : « L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous. »

⁷⁰⁴ Voir par exemple G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, n° 113, p. 7.

⁷⁰⁵ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », art. préc., spéc. p. 72. L'auteur se réfère à l'état de détresse, qui était une condition de l'IVG et qui n'était pas contrôlable, la femme en étant seule juge. Cette condition a été supprimée par la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014. Cela ne fait que renforcer cette critique car désormais, pourra avoir recours à une IVG toute femme « qui ne veut pas poursuivre une grossesse » (article L. 2212-1 du Code de la santé publique). Cependant, la viabilité n'est pas un critère plus incertain que celui de la naissance, donc l'on admet que la viabilité puisse être une condition à l'attribution de la personnalité juridique.

⁷⁰⁶ Voir par exemple J.-P. BAUD, « Le corps, personne par destination », in *Droit de la famille : Liber amicorum à la mémoire de D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 13 s. ; D. RUBELLIN-DEVICHI, « Le droit et l'interruption de grossesse », *LPA* 7 juin 1996, n° 69, p. 19 s., spéc. p.23.

⁷⁰⁷ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », art. préc., spéc. p. 71.

⁷⁰⁸ Voir *supra* n° 59 s.

caractéristiques humaines mais cela est insuffisant pour prétendre au statut de personne⁷⁰⁹. En outre, l'embryon est certes porteur de vie mais au regard de sa dépendance au corps de sa mère, il n'est pas certain que cet élément puisse lui conférer la qualité de personne. En effet, il relève tout autant du vivant qu'un organe du corps de la mère, et ceux-ci sont dépendants du corps de cette dernière⁷¹⁰. Au surplus, il apparaît que les valeurs sociales dont la personne humaine est bénéficiaire ne sauraient s'appliquer à l'embryon au regard de la législation en vigueur.

266. L'incompatibilité entre les valeurs sociales relatives à la personne humaine et l'embryon – La personne humaine a été définie comme une entité composée d'un corps et d'un esprit. Ne pouvant se prévaloir de ce qualificatif, il n'apparaît pas illogique que l'embryon fasse l'objet de recherches ni même, par ailleurs, d'une interruption de grossesse⁷¹¹. Le traitement conféré à cet être en devenir témoigne du peu de valeurs sociales qu'il véhicule⁷¹². Privé du statut de personne, le législateur ne lui reconnaît ni le bénéfice de la « valeur sociale vie » ni de la « valeur sociale intégrité physique ». Plus encore, les valeurs relatives à l'espèce humaine comme l'éthique ne lui sont pas rattachées. En permettant une telle instrumentalisation, dont le régime ne cesse de s'assouplir, le législateur a clairement exprimé sa volonté de mettre l'embryon au service de la personne voire de l'Homme. Au surplus, le droit à la vie est reconnu sur le plan international⁷¹³ mais aucune précision n'est donnée quant à la question de savoir si l'enfant non encore né peut bénéficier de ces dispositions. La France a par ailleurs précisé que l'article 6.1 de la CIDE ne pouvait être interprété comme faisant obstacle à la législation française relative à l'interruption volontaire de grossesse⁷¹⁴, l'embryon ne pouvant donc

⁷⁰⁹ X. LABBÉE relève, à l'instar de la doctrine contemporaine, que « de tout temps ont existé des catégories d'êtres humains qui ont été juridiquement – pour diverses raisons – privées du statut de personne. À titre d'exemple, le Code Noir qui s'appliquait encore en France il y a trois siècles rangeait parmi les choses mobilières les esclaves des colonies. Les esclaves (que tout le monde à l'époque considérait – sous l'influence des philosophes – comme des êtres humains) n'étaient pour le droit que des meubles, susceptibles de devenir immeubles par destination et susceptibles d'être donnés, vendus, détruits... », X. LABBÉE, « La valeur de l'embryon congelé », *D.* 2004, jurispr. p. 1051 s., spéc. p. 1053.

⁷¹⁰ Sur l'assimilation de l'embryon aux éléments et produits du corps humain, voir *infra* n° 504.

⁷¹¹ L'interruption de grossesse sera traitée au titre du statut du fœtus, ce qui permettra davantage de mettre en lumière le lien entre la qualification de personne humaine et l'issue d'une mise en balance des valeurs sociales protégées.

⁷¹² Il s'agit ici des valeurs sociales reconnues par le législateur pénal. Sur un plan philosophique et biologique l'embryon est porteur de la vie et d'une intégrité physique.

⁷¹³ La CESDH, en son article 2.1, et la Convention internationale des Droits de l'Enfant en son article 6.1 reconnaissent un droit à la vie (CESDH, article 2.1 : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi » ; Convention internationale des Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, article 6.1 : « Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie »).

⁷¹⁴ Décret n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la CIDE, *JO* du 12 octobre 1990.

bénéficiaire du droit à la vie. Ce n'est donc pas l'embryon qui fait l'objet d'une protection par le droit pénal, du moins pas en tant que corps, ni en tant que personne. Les incertitudes précédemment évoquées quant au statut de l'embryon sont désormais réduites, puisque la qualification de personne peut être écartée. Il convient alors d'envisager l'embryon sous le statut de chose.

2) *L'admission de la réification de l'embryon*

267. L'embryon congelé, une chose ? – La question d'un droit de propriété sur les embryons s'est posée à la suite d'une destruction accidentelle par un centre hospitalier de neuf ovocytes fécondés, du fait d'un dysfonctionnement du matériel. Le tribunal administratif d'Amiens, amené à se prononcer sur le statut des embryons congelés et sur l'octroi d'une indemnisation, a refusé de qualifier les embryons congelés de personnes ni même d'« êtres chers », préférant reconnaître l'existence d'un préjudice matériel et ainsi suggérer que l'embryon serait un matériau sans valeur patrimoniale⁷¹⁵. Il est vrai que le terme de « préjudice matériel » renvoie à la qualification de chose, même si les juges ont précisé qu'il ne s'agissait pas de choses communes. Ainsi, « les ovocytes surnuméraires ne sont pas des personnes » mais du « matériel », ce qui conforte la position de la doctrine qui voit dans l'embryon surnuméraire une chose.

Une autre précision a été donnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Parillo c/ Italie* rendu le 27 août 2015⁷¹⁶. En l'espèce, un couple avait conçu, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, cinq embryons qui furent congelés. Suite au décès de son compagnon la requérante a souhaité en faire don à la recherche scientifique. Or la Loi italienne du 19 février 2004 interdit les recherches sur l'embryon et confère à ce dernier la

⁷¹⁵ TA Amiens, 9 mars 2004 ; X. LABBÉE, « La valeur de l'embryon congelé », art. préc. Les époux ont néanmoins obtenu 10 000 euros de dommages et intérêts au titre d'un trouble dans les conditions de vie, notion dont l'étendue relativement floue témoigne des incertitudes entourant cette question. Cependant, il ne doit pas être déduit du rejet de la qualification d'« être cher » un rejet de la qualification d'être humain car les embryons ne sont pas des êtres chers au sens où ils ne sont pas des individus. La cour administrative d'appel de Douai s'est ensuite prononcée sur la demande de dommages et intérêts présentée par les victimes de cette destruction. Elle réforme le jugement de première instance au motif que les embryons ne sont pas évaluable en argent et donc qu'il n'existe pas de préjudice matériel d'une part, et que les appelants n'ont pas démontré qu'ils entendaient poursuivre un projet parental d'autre part, voir CAA Douai, 6 décembre 2005, JurisData n° 2005-291858 ; J. HAUSER, « La valeur de l'embryon congelé (suite) » ; *RTD civ.* 2006, p. 87.

⁷¹⁶ CEDH, 27 août 2015, n° 46470/11, *Parillo c/ Italie* ; G. LOISEAU, « L'embryon in vitro aux prises avec les droits de l'homme » *JCP G* 2015, n° 44, 1187, note sous arrêt.

qualité de sujet de droit, bénéficiant par conséquent d'un droit à la dignité. Outre la violation de son droit au respect de sa vie familiale⁷¹⁷, la requérante invoquait la violation de son droit de propriété sur le fondement de l'article 1 du Protocole n° 1⁷¹⁸. La Grande chambre a considéré que l'embryon n'était pas un bien au regard de l'article 1^{er} du Protocole additionnel, apportant ainsi une précision quant au statut de l'embryon. Le soin est malgré tout laissé aux États d'appliquer leur propre législation faute de consensus sur le statut de l'embryon au sein du Conseil de l'Europe. Cet arrêt n'induit pas le rattachement de l'embryon à la catégorie des personnes. La Cour affirme que l'embryon n'est pas un bien car « eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'attache à cet article, les embryons humains ne sauraient être réduits à des "biens" au sens de cette disposition »⁷¹⁹. La Cour n'affirme pas que l'embryon est une personne et surtout, elle précise qu'il n'est pas un bien. La qualité de sujet de droit n'est alors octroyée à l'embryon qu'en vertu du droit italien, qui par ailleurs fait preuve de cohérence en interdisant toute recherche sur l'embryon et dépend uniquement du droit interne.

268. La réification de l'embryon – Il ressort de ces développements que l'embryon n'est pas une valeur sociale mais qu'il n'est pas non plus titulaire d'un droit à la vie. Dans sa décision du 27 juillet 1994⁷²⁰ le Conseil constitutionnel considère que l'article 16 du Code civil, en ce qu'il proclame le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, n'est pas applicable à l'embryon conçu *in vitro*, alors que les requérants arguaient d'une atteinte au droit à la vie de l'embryon au regard de l'article L. 152-5 ancien du Code de la santé publique. Ce faisant et selon certains auteurs, le Conseil constitutionnel les distingue des embryons conçus *in utero* et leur dénie toute humanité⁷²¹. Cette décision aurait poussé à classer les embryons au rang d'objet, de « sous-catégorie d'êtres humains, ressuscitant ainsi une forme inédite

⁷¹⁷ La Cour a reconnu à la requérante un droit à la vie privée car les embryons sont issus de son patrimoine génétique, emportant un droit à l'autodétermination garanti par l'article 8§1 de Convention.

⁷¹⁸ Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 1^{er} : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

⁷¹⁹ CEDH, 27 août 2015, n° 46470/11, *Parillo c/ Italie*, § n° 215.

⁷²⁰ Cons. const. 29 juillet 1994, n° 94-343/344, *JO* du 29 juillet 1994.

⁷²¹ Voir notamment B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron. n° 205, p. 205 s.

d'esclavage »⁷²². Il pourrait être considéré que cette décision, qui ne concerne que les embryons conçus *in vitro*, ne s'applique pas à ceux conçus *in utero*. Certains auteurs sont toutefois réticents à admettre qu'un statut et un régime différents soient appliqués à deux embryons au même stade de développement et présentant les mêmes caractéristiques humaines⁷²³. Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à statuer sur le régime juridique applicable aux embryons conçus *in utero*. L'application d'un régime identique à l'embryon conçu *in utero* n'est alors pas exclu d'autant que, comme on l'a démontré, celui-ci peut désormais faire l'objet de recherches⁷²⁴ encadrées par des incriminations dont l'efficacité laisse à désirer.

269. La faiblesse des incriminations intéressant directement l'embryon – Le Livre V du Code pénal comprend une Section relative à la protection de l'embryon humain, contenant pas moins de seize articles. L'on ne reviendra pas sur la technique, critiquable, des incriminations par renvoi, caractéristique de cette partie du Code pénal⁷²⁵, au profit de l'étude de leur contenu ainsi que de leur formulation. Certaines dispositions précédemment qualifiées de « véritablement éthiques »⁷²⁶ répriment le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement quelle qu'en soit la forme⁷²⁷, ainsi que le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains ou à leur constitution par clonage à des fins industrielles, commerciales ou de recherche⁷²⁸. Bien qu'incomplètes⁷²⁹ ces dispositions témoignent de la réification de ce corps en formation. Il ne s'agit pas d'une volonté du législateur qui, rappelons-le, n'a jamais précisé le statut de l'embryon, mais davantage d'un état de fait. Si l'embryon est une personne, nul besoin de préciser qu'il ne peut être obtenu contre un paiement (ni que l'on peut l'obtenir), ou encore que sa création est interdite, du moins à des fins autres que la procréation médicalement assistée. Surtout, les recherches actuellement menées, principalement au nom de la collectivité, ne pourraient avoir lieu.

⁷²² B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », art. préc., spéc. p. 207. Voir également M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », art. préc., spéc. p. 69, note n° 29 : à l'instar d'une partie de la doctrine, l'auteur souligne la contradiction existant entre l'application de la maxime *infans conceptus* lorsque l'intérêt patrimonial de l'embryon est en jeu et l'absence d'application de cet adage lorsqu'il s'agit de l'existence même de l'embryon.

⁷²³ *Ibid.*, spéc. p. 70.

⁷²⁴ Voir *supra* n° 261 s.

⁷²⁵ Voir *supra* n° 194 s.

⁷²⁶ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 368 s. Voir *supra* n° 195.

⁷²⁷ Article 511-15 du Code pénal.

⁷²⁸ Articles 511-17 et 511-18 du Code pénal.

⁷²⁹ Le régime juridique de l'embryon n'étant pas clairement défini il comporte certaines faiblesses, voir *infra* n° 263 s.

270. L'admission nécessaire de la réification de l'embryon – Cette libéralisation de la recherche dénote une réification de l'embryon⁷³⁰, qui n'est finalement qu'un objet soumis à la volonté des parents⁷³¹. Ceux-ci peuvent le détruire, le donner à la recherche, ou l'implanter et lui donner la possibilité d'être un jour une personne reconnue par le droit. Son statut se modifie au gré de leur volonté, oscille de chose à personne en permanence, passe de l'un à l'autre en un trait de temps. Toutes ces possibilités offertes par la loi ne pourraient être envisageables si l'embryon n'était pas une chose. Dans ce cas, ce corps véhiculerait des valeurs sociales relatives à la personne et bon nombre de ces recherches seraient prohibées. Il serait surtout inenvisageable qu'ils soient voués à destruction, notamment lorsqu'ils ne font plus l'objet d'un projet parental ou de recherche. Il est alors nécessaire d'admettre qu'il est une chose et de lui prévoir un régime adéquat, qui n'en serait que plus cohérent⁷³². Dans la négative, il convient de mettre fin à toute recherche en dehors de celles qui sont déjà admises sur la personne. La difficulté de lui octroyer un statut provient peut-être de la crainte d'affirmer que l'embryon est nécessaire aux avancées scientifiques qui bénéficient au plus grand nombre. Cette impression est par ailleurs renforcée lorsque l'on constate que droit peut donner tel ou tel statut à une chose ou à un être, puisque, par exemple, les animaux sont en voie de bénéficier d'une personnalité juridique.

Afin de pouvoir obtenir ces cellules souches sur l'embryon à un stade précoce, il est nécessaire de détruire l'embryon et avec lui la vie. Que faut-il faire primer ? La santé de la personne ou la vie humaine de l'embryon ? D'une part, si celui-ci est considéré comme une personne l'on conçoit mal comment la santé d'un individu pourrait primer sur celle d'un autre et toute recherche doit être interdite, sauf à considérer que la vie de l'embryon est une valeur sociale inférieure à la vie d'une personne née et vivante. D'autre part, si l'embryon est une personne dès le commencement de la vie, le fait de casser une éprouvette au cours d'une FIV serait-il un homicide involontaire ? En outre, H. ATLAN s'interroge, à propos du clonage thérapeutique, sur les fondements du débat, car « doit-on pour autant parler d'embryons si la question ne se pose pas de l'implanter dans un utérus féminin, et si la technique se réduit à des manipulations au laboratoire qui ne peuvent produire au mieux que des lignées de cellules ?

⁷³⁰ B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, doctr. p. 451 s. ; A. CAYOL, « Avant la naissance et après la mort : l'être humain, une chose digne de respect », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2011, n° 9, p. 117 s. Sur la réification de l'embryon, voir *infra* n° 263 s.

⁷³¹ En ce sens voir par exemple, *ibidem*.

⁷³² Sur les lacunes du statut de l'embryon, voir *infra* n° 259 s.

C'est là que doit d'abord se situer le débat, plutôt que de considérer la réponse à cette question de définition comme acquise et de parler ensuite d'instrumentalisation d'embryon humain »⁷³³. Comme le souligne l'auteur, aux termes de la position maximaliste de ceux qui estiment que l'embryon humain est une personne humaine dès sa fécondation, il n'est pas une personne humaine puisqu'il n'y a pas de fécondation dans le cadre d'un clonage. Le rôle sanctionnateur du droit pénal l'amène à être saisi de ces questions et les incriminations reflètent les valeurs sociales que le législateur a souhaité faire primer. Elles manifestent également la manière dont le droit pénal appréhende ces enjeux éthiques.

Il ressort de ces développements que l'embryon fait l'objet de recherches encadrées par des dispositions législatives de plus en plus libérales. Le droit pénal encadre donc ces utilisations mais ne contient aucune précision quant au statut de l'embryon. Autrement dit, ce dernier ne retient pas l'attention du législateur pour ce qu'il est mais pour les potentielles dérives que son exploitation implique. Néanmoins, il est possible de déduire, à partir du traitement qui lui est réservé comme des caractéristiques qui le rendent incompatibles avec la notion de personne, que l'embryon est une chose. En revanche, aucune indication n'est donnée par le législateur quant au statut du fœtus.

§ 2 - L'absence de statut du fœtus

271. L'inertie du législateur – Bien que le corps en formation soit porteur de la « valeur sociale vie », le fœtus ne suscite pas l'attention du législateur, du moins pas pour ce qu'il est. Puisqu'il ne fait pas l'objet de recherches comme l'embryon son utilisation n'est pas encadrée par la loi et, parallèlement, le législateur se garde de donner une quelconque précision sur son statut. Contrairement à l'embryon néanmoins, aucune disposition du Code pénal ou du Code de la santé publique ne laisse à penser qu'il est instrumentalisé et il ne fait l'objet d'aucune incrimination dont le vocabulaire renvoie à celui des choses. Au regard du droit positif ce statut peut donc être exclu et il devrait en toute logique se voir appliquer la qualification de personne. Il faudrait alors que le fœtus soit considéré comme un support de la personne humaine, qu'il

⁷³³ H. ATLAN, « De la biologie à l'éthique. Le "clonage" thérapeutique », art. préc., spéc. p. 637.

soit assimilé à « autrui » pour que les atteintes aux « valeur sociale vie » ou « valeur sociale intégrité physique » puissent être réprimées.

272. La nécessité de revêtir la qualité de personne – L’appréhension du fœtus par le droit pénal tient alors à la reconnaissance de la qualité de personne, qui conditionnera à la fois les atteintes commises par un tiers mais également la mise en balance de certaines valeurs sociales. En effet, lorsque celles-ci sont en concurrence l’issue de la mise en balance dépend de la primauté de l’une d’entre elles. Or, si le fœtus n’est pas une personne, sa vie ou son intégrité physique ne primeront pas, par exemple, sur la liberté corporelle de la mère.

273. Annonce de plan - La négligence du fœtus par le droit pénal se traduit ici par son absence de statut. Aucun élément n’indique qu’il est une chose et, surtout, la qualification de personne lui est refusée **(A)**. Ceci justifie et explique que l’issue d’une mise en balance des valeurs sociales protégées dont il est parfois au centre est en sa défaveur **(B)**.

A. Le rejet de la qualification de personne humaine

274. La dénaturation du fœtus – Si la personne humaine a pu être précédemment définie comme un être humain en vie et doté d’une conscience de soi, il a été constaté que le droit n’apportait que peu d’éléments de réponse quant au sens à donner à cette notion. Il est également apparu qu’une des difficultés principales résidait dans la détermination du commencement de la personne humaine. À la différence du droit pénal, le droit civil a délimité le seuil de commencement de la personne juridique, qui se situe à la naissance. Le droit pénal ne s’applique pas à la notion de personne juridique mais de personne humaine. Toutefois, il semblerait qu’il n’ait fait preuve d’aucune autonomie et se soit directement inspiré de la définition civiliste.

275. Annonce du plan - En effet, en faisant prédominer les critères de la naissance et de la vie **(1)**, la Cour de cassation opère une confusion entre les notions de personne humaine et de personne juridique **(2)**.

1) *La prééminence des critères de la naissance et de la vie*

276. L'interprétation stricte de la loi pénale – Cette exclusion du fœtus des atteintes à la personne s'est rapidement traduite en jurisprudence à travers la question de l'homicide involontaire. La Cour de cassation a ancré sa position à l'occasion de trois arrêts qui ont chacun suscité un nombre considérable de critiques. Dans le premier arrêt un médecin a opéré une confusion entre deux patientes, l'une d'entre elle étant venue pour un examen de grossesse et l'autre pour une intervention visant à retirer un stérilet. L'intervention a été effectuée sur la patiente en état de grossesse ce qui a entraîné la rupture de la poche des eaux et a conduit à l'extraction du fœtus. La cour d'appel de Lyon⁷³⁴ a considéré que l'infraction d'homicide involontaire était constituée, au motif que des fœtus du même âge auraient pu naître viables et, par conséquent, répondre à la qualité de personne⁷³⁵. Par un arrêt du 30 juin 1999⁷³⁶ la Cour de cassation a pourtant refusé d'appliquer la qualification d'homicide involontaire au fœtus au motif qu'il n'est pas « autrui ».

Saisie de cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la question au regard de la violation de l'article 2 de la CESDH relatif au droit à la vie. Après avoir relevé que le point de départ de la vie relevait de la compétence des États, la Cour conclut à la non violation de l'article 2, considérant qu'il n'est ni possible ni souhaitable de répondre à la question de savoir si l'enfant non né est une personne⁷³⁷. La CEDH a par ailleurs réitéré sa position au cours d'une affaire portant sur l'atteinte au droit à la vie d'une mère et de son enfant. En l'espèce, la mère est décédée des suites d'une césarienne et l'enfant, pourtant vivant quelques heures auparavant, est mort-né. Les requérants invoquent l'atteinte au droit à la vie de la mère mais également de l'enfant. Après avoir rappelé sa jurisprudence précédente, la CEDH

⁷³⁴ La cour d'appel de Lyon s'est appuyée sur le fait que certains fœtus du même âge (environ 24 semaines) avaient pu naître viables, et que la viabilité était « une notion scientifiquement contingente, incertaine, de surcroît dépourvue de toute portée juridique », CA Lyon, 13 mars 1997, JurisData 1997-040144 ; E. SERVERIN, « Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », *D.* 1997, p. 557 s., note sous arrêt ; C. PUIGELIER, « L'homicide involontaire d'un fœtus », *Droit pénal*, octobre 1997, chron. n° 22. Dans le même sens, voir CA Reims 3 février 2000, JurisData n° 2000-114337 ; J.-Y. CHEVALLIER, « Homicide involontaire d'un enfant à naître à la suite d'un accident de la circulation », *D.* 2000, p. 873 s., note sous arrêt.

⁷³⁵ En conséquence, « la vie du fœtus n'échapperait pas à la protection assurée par l'incrimination d'homicide involontaire, mais ce serait sous condition d'une viabilité certaine, devant être prouvée concrètement, et non de façon théorique. Il n'est pas impossible que la chambre criminelle ait privilégié cette branche du moyen », voir Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », art. préc.

⁷³⁶ Cass. Crim. 30 juin 1999, arrêt préc.

⁷³⁷ CEDH 8 juillet 2004, n° 53924/00, *VO c/ France* ; P. MURAT, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, octobre 2004, comm. n° 194.

estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief des requérants concernant l'atteinte à la vie du fœtus, car cette question « était intimement liée à celle de Mme L. et dépendait des soins prodigués à celle-ci. Or, cette circonstance a été examinée sous l'angle de l'atteinte au droit à la vie de cette dernière »⁷³⁸.

La Cour de cassation a confirmé sa position peu de temps après. En l'espèce, suite à un accident de voiture l'enfant est né prématurément viable mais n'a pas respiré du fait de lésions cérébrales incompatibles avec la vie d'un enfant prématuré. La Haute juridiction confirme l'arrêt de la cour d'appel de Metz, qui s'était préalablement rangée à la jurisprudence dominante et n'avait eu aucune considération pour la viabilité de l'enfant. Le 29 juin 2001, la Cour de cassation rejette le pourvoi⁷³⁹ en estimant que le régime applicable à l'enfant à naître relève des textes particuliers sur l'embryon et le fœtus, dans la lignée d'une jurisprudence qui se confirmera par un arrêt du 25 juin 2002. La Cour de cassation rejette à nouveau la qualification d'homicide involontaire sur l'enfant mort-né car « le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant »⁷⁴⁰. Enfin, la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence par arrêt du 27 juin 2006, en martelant que le régime juridique de l'enfant à naître « relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus »⁷⁴¹. Il va de soi que cette position n'est pas sans conséquence et, surtout, se révèle infondée au regard de la confusion qui règne dans ce raisonnement entre la personne juridique et la personne humaine.

⁷³⁸ CEDH 11 octobre 2016, n° 81277/12, *Sayan c/ Turquie*.

⁷³⁹ Cass. ass. Plén. 29 juin 2001, arrêt préc. Selon la cour d'appel, « pour qu'il y ait "personne", il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé ». Elle a donc considéré qu'il ne pouvait y avoir d'homicide « qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré », CA Metz 3 septembre 1998.

⁷⁴⁰ Cass. crim. 25 juin 2002, arrêt préc. En l'espèce, suite aux négligences d'un médecin et d'une sage-femme qui s'était abstenue d'avertir le médecin de la présence d'une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant, celui-ci est décédé *in utero*.

⁷⁴¹ Cass. crim. 27 juin 2006, n° 05-83.767. Cependant, le tribunal correctionnel de Tarbes a récemment condamné un automobiliste sur le fondement de l'article 221-6 du Code pénal, rompant ainsi avec la jurisprudence de la Cour de cassation, voir Trib. corr. Tarbes, 6 février 2014. Le jugement fut réformé par la cour d'appel au motif que l'article 221-6 n'est pas applicable au cas de l'enfant à naître, voir CA Pau 5 février 2015, JurisData n° 2015- 004496.

2) *La confusion de la personne juridique et de la personne humaine*

277. Les incohérences de la position de la Cour de cassation – L'enfant à naître est exclu de la protection du droit pénal sous couvert d'une interprétation stricte de la loi, motif sujet à la critique. A. LEPAGE s'interroge par exemple sur « la signification réelle de l'appel à l'interprétation stricte à l'occasion d'une incrimination dont les termes sont, somme toute, clairs en visant autrui et non une personne »⁷⁴². Poussée à son paroxysme, cette position engendre un certain malaise. En effet, il est finalement profitable à l'auteur que l'enfant meure *in utero* plutôt qu'il naisse avec des séquelles irréversibles, pouvant constituer une infraction de blessures involontaires et donnant lieu à réparation. Il est de surcroît paradoxal que la mort de l'enfant à naître suite à une interruption volontaire de la grossesse présente finalement moins d'inconvénients, au regard de la valeur de la vie, qu'un homicide involontaire⁷⁴³. L'interruption volontaire de grossesse fait encore débat à l'heure actuelle car ses opposants arguent du fait que la vie de l'enfant à naître est sacrée et que la seule volonté de la femme ne saurait mettre cette valeur en péril. *Quid* de ce caractère sacré lors d'un homicide involontaire ? Au surplus, l'interruption volontaire de grossesse peut parfaitement se justifier par le droit de la femme à disposer de son corps, tandis que l'on peine à trouver une valeur sociale qui pourrait être mise en balance avec la vie du fœtus dans les hypothèses étudiées. Enfin, l'argument selon lequel le régime applicable à l'enfant à naître relève des textes particuliers applicables à l'embryon et au fœtus est pour le moins surprenant car, d'une part il n'existe aucun texte relatif au fœtus et, d'autre part, les textes applicables à l'embryon encadrent en réalité la recherche scientifique, notamment dans l'objectif d'éviter les dérives⁷⁴⁴. Face aux incohérences qu'entraîne cette position, il aurait été possible de faire appel à l'autonomie du droit pénal et ainsi dissocier les notions de personne juridique et de personne humaine.

⁷⁴² A. LEPAGE, P. MAISTRE du CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 620. L'auteur ajoute que « la Cour de cassation sait bien prendre ses distances par rapport à la personne humaine, lorsqu'elle considère qu'une personne morale peut être victime d'une violation de domicile, infraction classée dans les atteintes à la vie privée et relevant plus généralement des « atteintes à la personne humaine », voir Cass. crim 23 mai 1995, n° 94-811.41 ; *Droit pénal*, octobre 1995, comm. n° 220, obs. M. VERON. Dans le même sens, Y. MAYAUD relève que « la soudaineté avec laquelle le principe de la légalité leur [les infractions d'homicide et de blessures involontaires] est ainsi associé fait quelque peu sourire, dans un domaine où il y a bien longtemps qu'il est largement dépassé », Y. MAYAUD, « Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, p. 2917 s., note sous arrêt.

⁷⁴³ A. LEPAGE, P. MAISTRE du CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 621.

⁷⁴⁴ Voir *supra* n° 261 s.

278. L'absence d'autonomie du droit pénal – Le critère de la naissance n'est pas sans rappeler la définition civiliste de la personne juridique. Il va alors de soi qu'en assimilant le terme « autrui » à la naissance la Cour de cassation opère une confusion entre la notion de « personne juridique » et la notion d'« être humain »⁷⁴⁵ ou de personne humaine. Comme le souligne P. MURAT, une interprétation large de la notion de personne humaine inclut l'être humain, tandis qu'une interprétation étroite mène à une confusion entre personne humaine et personne juridique⁷⁴⁶. Le raisonnement de la Cour de cassation se révèle particulièrement restrictif et l'on voit mal pourquoi, au regard de l'autonomie dont le droit pénal a l'avantage de pouvoir faire preuve, la qualité de personne humaine ne serait pas applicable à l'enfant à naître, d'autant que l'article 16 du Code civil « garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »⁷⁴⁷. De surcroît, les incohérences avec le régime civiliste applicable à l'enfant mort-né ne cessent de croître puisque celui-ci a droit, dans la plupart des cas, à des funérailles et à une inscription sur le livret de famille⁷⁴⁸. Si cette procédure n'emporte pas l'établissement de la filiation, elle a au moins pour mérite de reconnaître que l'enfant a traversé l'existence, ne serait-ce que passagèrement et même sans bénéficier du statut de la personne. Par ailleurs, certains défenseurs de la vie de l'enfant à naître considèrent que leur position est incompatible avec la liberté de la femme d'interrompre une grossesse. Pourtant, il ne s'agit là que du résultat consacré par le législateur en amont, par le biais de dispositions légales⁷⁴⁹, de la mise en balance de la « valeur sociale vie » véhiculée par le corps en formation et de la liberté de la femme à disposer de son corps⁷⁵⁰. Le fœtus ne saurait donc bénéficier de la qualification de personne humaine ni, partant, des valeurs sociales rattachées à cette dernière, sauf à reculer le seuil de la qualification d'« autrui » à la viabilité.

⁷⁴⁵ *Contra*, voir J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *RSC* 2005, p. 47 s. : « les dispositions qui reconnaissent un droit au respect de l'être humain, dès le commencement de la vie sont des dispositions de pur droit civil, qui ne peuvent dès lors qu'être rigoureusement neutres au regard de l'interprétation des dispositions pénales existantes ».

⁷⁴⁶ P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain et personne juridique », art. préc.

⁷⁴⁷ Voir également l'article L. 2211 du CSP.

⁷⁴⁸ Article 79-1 du Code civil. Voir également la circulaire du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus.

⁷⁴⁹ Sur ce point, voir notamment Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 95-85.118 : l'état de nécessité ne peut être invoqué pour justifier le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse car celle-ci est autorisée par la loi du 17 janvier 1975. Pour davantage de développements, voir *infra* n° 381 s.

⁷⁵⁰ Pour davantage de développements, voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 2.

En considérant que l'enfant *in utero* n'est pas une personne, la Cour de cassation raisonne par la négative mais ne se prononce pas pour autant sur la qualification juridique du fœtus. Doit-on déduire, *a contrario* et au vu de la *summa divisio*, que le fœtus, à défaut d'être une personne, est une chose ? Le fœtus pourrait être considéré comme un organe de la mère, une *pars viscerum matris*, auquel cas la mort du fœtus pourrait être qualifiée de mutilation. Cette mutilation n'aurait pas pour autant entraîné la qualification juridique de chose puisqu'un organe, lorsqu'il est rattaché à l'individu, est considéré comme étant part entière du corps humain⁷⁵¹.

Aucun statut n'est donc attribué au fœtus, qui se voit refuser la qualification d'« autrui ». Une confusion regrettable entre la notion de personne humaine et de personne juridique conduit à exiger que l'enfant soit né et vivant pour bénéficier de cette qualification et des valeurs sociales qui en découlent. En conséquence, dès lors qu'il est au centre d'une mise en balance des valeurs sociales, celles véhiculées par son corps ne peuvent primer sur celles portées par le corps d'« autrui ».

B. La primauté de la liberté corporelle de la mère

279. La volonté de la mère quant à la fin de la vie du fœtus – Si le corps dépend de la personne pour exister ou recevoir un traitement adapté de la part du législateur, *a contrario* tout corps qui n'a pas cette qualité et, par extension, les valeurs sociales qu'il véhicule, n'ont pas la même importance. Il arrive que certains biens juridiques protégés soient en concurrence, la primauté de l'un sacrifiant inévitablement l'autre. L'issue de cette opération repose toujours sur un choix de la part du législateur ou de la jurisprudence d'accorder plus d'importance à une valeur qu'à une autre. Or, si les valeurs véhiculées par le corps du fœtus ne sont pas rattachées à la personne, elles ne sauraient dès lors primer sur celles dont cette dernière bénéficie.

280. Annonce de plan – Cette mise en balance surgit car le fœtus grandit dans le corps de sa mère, qui bénéficie parallèlement d'une liberté corporelle, ou dont la santé ou la vie sont considérées comme supérieures à la vie du fœtus. Les principales atteintes qui peuvent lui être portées au nom de l'autonomie personnelle de la mère prennent forme à travers l'interruption

⁷⁵¹ Voir *supra*, Introduction.

volontaire et médicale de grossesse⁷⁵² (1) et les incriminations relatives à l'interruption de grossesse (2).

1) *L'interruption volontaire ou médicale de grossesse*

281. La dépénalisation de l'avortement – Il serait erroné d'affirmer que le droit pénal a toujours ignoré le fœtus puisque l'avortement était auparavant réprimé. L'atteinte au fœtus était reconnue indépendamment de l'atteinte à la femme qui le portait car « l'œuf humain fécondé était une valeur protégée par le droit pénal distinctement des personnes humaines et des choses »⁷⁵³. Or, il a été démontré que le corps ne pouvait être considéré comme une valeur sociale mais comme un substrat, et il semblerait que la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse aille en ce sens. Cette question met en contradiction deux valeurs sociales, puisqu'à cette protection de la vie dès son commencement s'oppose le droit de la femme à disposer de son corps, celle-ci pouvant librement décider de mettre un terme à sa grossesse⁷⁵⁴.

La Loi du 17 janvier 1975⁷⁵⁵ dite « Loi Veil » a instauré un fait justificatif à l'infraction d'interruption volontaire de grossesse alors en vigueur en autorisant l'avortement sous certaines conditions⁷⁵⁶. Puis l'avènement du nouveau Code pénal emporta la disparition de l'infraction en elle-même, seule a subsisté la répression des interruptions de grossesse illégales. Désormais, une interruption de grossesse n'est une infraction que si elle a été effectuée sans le consentement de l'intéressée⁷⁵⁷. Autrement dit, « entre la femme enceinte et le fœtus qu'elle porte, la société a tranché : l'être humain ayant la qualité de personne a droit de mort sur l'être humain non-

⁷⁵² Ces atteintes peuvent également être portées à l'embryon, puisqu'il ne devient un fœtus qu'à partir de la 14^{ème} semaine d'aménorrhée.

⁷⁵³ B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », art. préc., spéc. p. 74 : l'auteur qualifie le corps ainsi protégé de « valeur sociale autonome ».

⁷⁵⁴ Pour de plus amples développements, voir par exemple A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 633 s. ; P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v^o Interruption volontaire de grossesse, avril 2017.

⁷⁵⁵ Loi n^o 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse JO du 18 janvier 1975.

⁷⁵⁶ Saisi de la question, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions de la loi ne portaient pas atteinte au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, pas plus qu'à la dignité de la personne humaine, Cons. Const., 15 janvier 1975, n^o 74-54 DC, JO du 16 janvier 1975.

⁷⁵⁷ Articles 223-10 du Code pénal et L. 2222-1 du Code de la santé publique. Il faut ajouter à cela les dispositions pénales contenues dans les articles L. 2222-2 à L. 2222-4 du Code de la santé publique, réprimant notamment le fait d'interrompre la grossesse d'autrui après le délai autorisé par la loi.

personne »⁷⁵⁸. Comme le relève B. PY, « le principe est l'impunité, l'exception est la répression »⁷⁵⁹ et les récentes évolutions législatives n'ont fait que conforter ce constat.

L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août 2014, était rédigé en ces termes : « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ». La Loi du 4 août 2014⁷⁶⁰ a supprimé la notion de détresse et l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique est désormais rédigé ainsi : « la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse », dans un délai de douze semaines. Ainsi, cette liberté repose désormais sur l'entière et unique volonté de la femme et le corps en formation y est soumis. Il ne saurait être discerné dans cette analyse une quelconque critique mais le constat d'un régime, au demeurant cohérent, applicable au substrat de la « valeur sociale vie ». Le corps en formation est porteur de la vie ainsi que de l'intégrité physique. Dès lors, en dépénalisant l'avortement le législateur a fait le choix de laisser impunies les atteintes à ces valeurs, au profit du droit de la femme à disposer de son corps.

282. L'absence de répression de l'autoavortement – L'absence de reconnaissance des valeurs véhiculées par le fœtus atteint son paroxysme au travers de l'auto-avortement. Lorsque le corps en formation était encore considéré comme une valeur sociale protégée, l'ancien article 317 du Code pénal réprimait le fait de se procurer l'avortement à soi-même ainsi que la fourniture illégale de moyens abortifs à autrui. L'auto-avortement ne survécut pas à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et seule est sanctionnée, à l'article L. 2222-4 du Code de la santé publique, la fourniture illégale de moyens abortifs à autrui, étant précisé que la femme ne peut être considérée comme complice de cette infraction. Ici encore, la liberté de la femme a pris le dessus sur cette « non-personne humaine ». B. PY en déduit justement que la suppression de cette incrimination correspond à la « reconnaissance officielle de la hiérarchie des valeurs sociales protégées par le droit pénal [...] il faut en déduire que le consentement de la femme est

⁷⁵⁸ B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », art. préc., spéc. p. 75.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

⁷⁶⁰ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014. Le Conseil constitutionnel a jugé que la suppression de la condition de détresse, auparavant nécessaire pour avoir recours à l'IVG, était conforme à la Constitution, Cons. const. 31 juillet 2014, n° 2014-700 DC, *JO* du 5 août 2014.

une valeur sociale supérieure à la vie du fœtus »⁷⁶¹. Si les atteintes à la vie du corps en formation relèvent ici d'une volonté de la mère exempte de contraintes liées à sa santé, tel n'est pas le cas des interruptions de grossesse pratiquées pour un motif médical.

283. L'interruption de grossesse pour motif médical – La vie du corps en formation peut également être sacrifiée lorsque la poursuite de la grossesse met en péril la santé de la femme, ou s'il existe une forte probabilité pour que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic⁷⁶². La vie du fœtus est alors sacrifiée au profit de la santé de sa mère, ce que démontrent très bien A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON. Selon les auteurs, « la balance des intérêts penche du côté de cette dernière [la mère], impliquant le sacrifice de la vie du fœtus, d'une façon qui évoque assez nettement l'état de nécessité et le dilemme cornélien entre la vie de la mère – parfois simplement sa santé – et celle du fœtus »⁷⁶³. Deux difficultés se présentent ici. La première a trait à la supériorité de la santé de la femme et la seconde, bien moins aisée à résoudre, réside dans le fait qu'interrompre une grossesse, au motif que l'enfant risque d'être atteint d'une affection, confine pour certains à l'eugénisme⁷⁶⁴. S'il est admis que la santé de la femme prime sur la vie de l'enfant à naître (ne serait-ce que parce que la libre disposition de son corps prime déjà sur cette valeur), il est plus contestable, on le verra, d'interrompre une grossesse au motif de la santé de l'enfant⁷⁶⁵.

Jugée inférieure dans ces hypothèses, la vie véhiculée par le corps en formation est sacrifiée et, par conséquent, son support également. Plus encore, s'il était besoin d'affirmer la supériorité de la libre disposition par la femme de son corps, les incriminations en vigueur protègent précisément cette liberté.

⁷⁶¹ B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », art. préc., spéc. p. 76. Voir également V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 223 s. : l'auteur suggère « que la femme soit poursuivie pour complicité des délits des articles L. 2222-2 et L. 2222-3 du Code de la santé publique puisque ces textes ne l'excluent pas expressément à la différence de l'article L. 2222-4 ».

⁷⁶² Article L. 2213-1 du Code de la santé publique. Pour davantage de développements et notamment sur les questions éthiques, voir *infra* n° 380 s.

⁷⁶³ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 633.

⁷⁶⁴ Voir par exemple C. LABRUSSE-RIOU, « La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances ? », *LPA* 5 décembre 2002, n° 243, p. 45 s.

⁷⁶⁵ Voir *infra* n° 382 s.

2) *Les incriminations relatives à l'interruption de grossesse*

284. Les infractions relatives à l'interruption de grossesse – Afin de garantir l'effectivité de la libre disposition par la femme de son corps, l'interruption volontaire de grossesse sans le consentement de l'intéressée est incriminée à l'article 223-10 du Code pénal⁷⁶⁶. Il ne s'agit pas de réprimer l'atteinte au corps en formation mais à l'autonomie personnelle de la femme. Plus précisément, la sanction porte sur l'atteinte à la liberté de la femme à consentir à une lésion corporelle⁷⁶⁷, qui a pour objectif d'interrompre la vie de l'enfant à naître. C'est dire si la vie de l'enfant à naître s'efface devant le bien juridique protégé dont la femme bénéficie. Cela se confirme par ailleurs car cette incrimination dont la matérialité est de type ouverte comprend, *a priori*, tous les cas dans lesquels le consentement de la femme a été vicié⁷⁶⁸. Le législateur a visiblement souhaité étendre au maximum le spectre de la répression, d'autant que cette même *ratio legis* véhiculée par le corps de la femme se retrouve dans l'incrimination d'entrave à l'interruption de grossesse.

L'article L. 2223-2 du Code de la santé publique incrimine l'entrave ou la tentative d'entrave à l'interruption de grossesse ou aux actes préalables prévus aux articles L. 2212-3 à L. 2212-8 du Code de la santé publique. Cette incrimination relève d'une logique identique à la précédente, puisqu'il s'agit d'incriminer les comportements consistant à perturber les conditions dans lesquelles l'interruption de grossesse s'exerce, y compris en tentant de

⁷⁶⁶ L'article L. 2222-1 du Code de la santé publique incrimine également ce comportement, en reprenant l'article 223-10 du Code pénal ce qui fait dire à P. MISTRETTA que cette double incrimination « ne participe en rien à l'accessibilité et la lisibilité de la loi pénale », voir P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Interruption volontaire de grossesse, avril 2017, n° 7. Sur les doubles incriminations, voir V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc. Les articles 2222-2 et 2222-3 incriminent également l'interruption illégale de grossesse mais ces dispositions relèvent d'un droit pénal technique, puisque les éléments constitutifs reposent sur un non-respect des conditions légales dans lesquelles l'intervention doit s'effectuer.

⁷⁶⁷ En ce sens, voir P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Interruption volontaire de grossesse, avril 2017, n° 6. Selon l'auteur l'incrimination trouverait davantage sa place « au sein du chapitre IV du Livre II du code pénal consacré aux atteintes à la liberté de la personne. L'interruption illégale de grossesse sans le consentement de l'intéressée sanctionnerait ainsi les atteintes à la liberté corporelle au même titre que, par exemple, l'enlèvement et la séquestration sanctionnent les atteintes à la liberté d'aller et venir » ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 222 s. Par ailleurs, un conflit de qualifications n'est pas à exclure avec une infraction relevant des atteintes à l'intégrité physique, voir P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Interruption volontaire de grossesse, avril 2017, n° 23 ; B. PY, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », art. préc., spéc. p. 76.

⁷⁶⁸ P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Interruption volontaire de grossesse, avril 2017.

dissuader la femme d'y recourir⁷⁶⁹. Plus encore, la Loi du 20 mars 2017⁷⁷⁰ a étendu ce délit à l'entrave numérique à l'interruption de grossesse. L'article L. 2223-2 du Code de la santé publique s'est enrichi des termes « par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne » lorsqu'il s'agit d'exercer, d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption de grossesse⁷⁷¹.

Les développements précédents ont mis en lumière les lacunes regrettables dont souffrent ces corps dépersonnalisés, qui ne servent ni à la science ni à la justice et qui ne suscitent que trop peu l'attention du législateur. Il apparaît alors que seule l'exploitation de ces corps est réglementée et que leur traitement est inégal.

285. Conclusion de la Section 1 – L'inadaptation du droit pénal aux corps dépersonnalisés transparaît au regard de la manière dont ils sont traités par le droit comme par la pratique. Le foisonnement d'incriminations dont l'embryon fait par exemple l'objet pourrait laisser croire à une certaine prise en considération du corps en formation de la part du législateur mais, en réalité, à défaut d'une appartenance reconnue à l'une des catégories de la *summa divisio*, l'embryon semble aujourd'hui pâtir d'un manque de reconnaissance. Il est vrai que certaines dispositions législatives s'efforcent d'encadrer les nombreuses recherches scientifiques dont il fait l'objet mais il est vain d'autoriser et d'interdire si l'objet de ces dispositions n'est pas défini. De surcroît, ces dispositions ne portent pas tant sur le corps en lui-même mais sur les dangers que la recherche représente pour la personne. En conséquence, le droit pénal se trouvera limité dans son intervention car faute de catégorie juridique déterminée dans laquelle classer le corps en formation, il ne peut déployer la répression de certains comportements qui pourraient être jugés délictueux⁷⁷². D'aucuns en déduisent alors, à juste titre, que le législateur pénal « annonce qu'il va protéger pénalement l'embryon, mais, en

⁷⁶⁹ Dans l'hypothèse où le prévenu invoquerait l'état de nécessité fondé sur la sauvegarde de la vie du fœtus, la Cour de cassation considère que « l'état de nécessité, au sens de l'article 122-7 du Code pénal, ne saurait être invoqué pour justifier le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, dès lors que celle-ci est autorisée, sous certaines conditions, par la loi du 17 janvier 1975 », Cass. crim. 27 novembre 1996, arrêt préc. L'on en déduit avec A. MIRKOVIC que si la Cour de cassation a examiné le pourvoi au fond, c'est que l'argument est recevable. La sauvegarde de l'enfant à naître peut donc être concernée par l'article 122-7 du Code pénal, lequel est une norme générale protectrice de la personne, voir A. MIRKOVIC, *Droit de la famille et des personnes*, 4^{ème} édition, Studyrama, 2014, p. 31. Voir également Cass. crim. 5 mai 1997 (deux arrêts), n° 96-81.889 et n° 96-81.462 ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 269, chron. p. 179.

⁷⁷⁰ Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, *JO* du 21 mars 2017.

⁷⁷¹ Cons. const. 16 mars 2017, n° 2017-747 DC, *JO* du 21 mars 2017.

⁷⁷² Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I.

définitive, il le fait peu et d'ailleurs uniquement pour l'embryon *in vitro* et non pour l'embryon *in utero* »⁷⁷³. Ces constats pourraient ne pas susciter autant de critiques si l'embryon bénéficiait d'un statut. Ne pouvant recevoir la qualification de personne, notamment au regard de tous les actes dont il fait l'objet, il peut néanmoins être classé dans la catégorie des choses.

Ce constat est conforté par l'indifférence que témoigne le droit pénal au fœtus. Ni objet de recherche ni personne, aucune atteinte qui lui est commise n'est sanctionnée à ces titres. Au vu de l'inertie du législateur il a fallu extraire de la jurisprudence des éléments de définition, qui ont rapidement révélé une confusion entre les notions de personne humaine et de personne juridique. Le fœtus n'est considéré comme une personne qu'à la naissance et avant cet événement, aucune atteinte aux valeurs sociales que ce corps véhicule ne peut être réprimée. Ceci explique que lorsque les valeurs sociales portées par son corps sont en concurrence avec celles véhiculées par le corps d'une personne, à savoir celui de sa mère, les premières ne sauraient primer.

Ces premiers développements concernant le corps dépersonnalisé n'apparaissent pas très engageants quant à l'appréhension du corps en formation par le droit pénal. Ces constats seront au surplus confirmés à l'étude du traitement réservé au corps en décomposition, négligé lui aussi par le droit pénal.

Section 2 : La négligence du corps en décomposition

286. L'influence de la *ratio legis* portée par le Code pénal – Le Code pénal est la source principale d'identification des valeurs sociales protégées ainsi que de leurs supports. En conséquence, l'étude du traitement juridique réservé au corps en décomposition induit inévitablement de débiter par l'analyse des incriminations dont il fait l'objet. L'émoi suscité par certaines affaires a amené le législateur à instituer une protection de la sépulture distincte de celle du cadavre⁷⁷⁴. Auparavant réprimés au titre des infractions à la loi sur les inhumations, tous les actes portant atteinte aux sépultures, tombeaux, urnes cinéraires ou monuments édifiés

⁷⁷³ A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, n° 15, I 129, spéc. n° 13, cité par P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 368.

⁷⁷⁴ Voir par exemple B. PY, « Droits et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le Nouveau Code pénal », art. préc., spéc. p. 78 : « la sépulture existait juridiquement lorsque le cadavre était l'objet d'au moins un acte de préparation à son ensevelissement, tel que la mise en bière, le placement dans un contenant réfrigérant, le tiroir, le sac ou volige, ou le placement dans un local spécialisé ».

à la mémoire des morts sont sanctionnés de la même peine que les atteintes à l'intégrité du cadavre⁷⁷⁵. Les lois de bioéthique de 1994 ont ensuite été à l'origine de l'article 225-17 du Code pénal, qui réprime toute atteinte à l'intégrité du cadavre. Suite à la loi du 19 décembre 2008⁷⁷⁶ les cendres sont désormais intégrées dans les lois de bioéthiques, le Code civil⁷⁷⁷ et le Code pénal. *A priori* favorables au corps en décomposition, ces démarches sont déroutantes car le fondement de l'article 225-17 du Code pénal laisse dubitatif. Le cadavre et les cendres sont protégés au titre de la dignité de la personne. Si la doctrine ne s'accorde pas sur le statut du cadavre, la majorité des auteurs considèrent qu'il n'est plus une personne et la dignité semble être une notion imprécise. À l'analyse du Code pénal, ce corps dépersonnalisé véhiculerait donc une valeur sociale rattachée à la personne humaine, contradiction dont il faudra évaluer les conséquences.

De ces interrogations ressortiront deux constats qui ne peuvent qu'être connexes. La dignité étant un fondement inapproprié de l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre (§1) cela entraîne des disparités dans la répression des atteintes qui lui sont portées (§2).

§ 1 - La dignité, fondement inapproprié de l'atteinte à l'intégrité du cadavre

287. Les ambiguïtés de la notion de dignité – Si le corps humain peut bénéficier, de manière incidente, des valeurs sociales relatives à la personne humaine, le corps en décomposition n'est pas fusionné avec cette dernière⁷⁷⁸. Toutefois, le cadavre et les cendres sont protégés au titre des atteintes à la dignité, valeur sociale tentaculaire rattachée à la personne humaine et dont l'étendue est susceptible d'atteindre également le corps en décomposition. La dignité, telle qu'elle a été précédemment définie⁷⁷⁹, est relative à tout ce qui nie la condition de l'homme, tout ce qui fait qu'il est humain. Sous cet angle, cette notion, eut égard à son étendue,

⁷⁷⁵ Article 225-17 al. 2 du Code pénal. L'atteinte à l'intégrité du cadavre commise à l'occasion de la violation d'une sépulture constitue néanmoins une circonstance aggravante, portant la peine à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

⁷⁷⁶ Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, *JO* du 20 décembre 2008. I. COPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire. Variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Droit de la famille*, février 2009, étude n° 15. ; X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière : à propos de la loi du 19 décembre 2008 », *JCP G* 2009, n° 4, act. 34 ; G. LOISEAU, « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.* 2009, p. 236 s.

⁷⁷⁷ Désormais, selon l'article 16-2 du Code civil « le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort ».

⁷⁷⁸ Voir *supra*, n° 3.

⁷⁷⁹ Voir *supra*, n° 134.

semble idéale pour fonder la protection d'un corps qui ne peut bénéficier des valeurs sociales relatives à la personne. Le cadavre, comme les cendres de la personne qui n'est plus, ne peuvent qu'être protégés au titre d'une valeur universelle et celle-ci semble tout indiquée.

288. Les contradictions engendrées par la dignité – La codification des atteintes au cadavre dans un Livre relatif à la personne interroge. Il faudrait admettre qu'un corps dépersonnalisé soit le support d'une valeur sociale dont la personne est bénéficiaire et, par extension, admettre qu'une chose puisse avoir une dignité. De manière générale, le lien qu'entretient la dignité avec la personne humaine, couplé à la dépersonnalisation du cadavre, dénote *a priori* une contradiction. Au surplus, ce lien étroit invite à percevoir la dignité sous deux angles. Elle peut se définir de manière identique chez tout individu ou revêtir une définition propre à chacun.

289. Annonce de plan – À l'étude de cette notion et de certaines de ses applications, il en ressortira une certaine subjectivisation de la dignité (A) et, parallèlement, un rejet de la personnification du cadavre (B).

A. La subjectivisation de la dignité

290. L'appréhension de la dignité par la personne – La consécration de la dignité a fait suite aux atrocités commises durant la Seconde guerre mondiale, ce qui l'a projetée au rang de notion dont la suprématie n'est plus à démontrer. Il faut alors déterminer notamment si le fait que le cadavre ou les cendres représentent une personne qui n'est plus, suffit à leur faire porter cette valeur sociale et si celle-ci ne constitue pas un fondement juridique dont l'étendue serait préjudiciable. Ensuite, une distinction s'opère entre la « dignité exigée de la personne et la dignité attendue d'elle »⁷⁸⁰. Cette notion s'entend en effet en son sens objectif mais également subjectif, ce dernier érigeant la dignité au rang des droits subjectifs dont seule une personne peut être titulaire. Or, son étendue implique qu'elle recouvre inévitablement d'autres valeurs sociales, choisies par le législateur pénal en fonction de ce qui importe à une société donnée à une époque donnée.

⁷⁸⁰ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, chron. p. 2730 s.

La notion de dignité peut donc être entendue en son sens objectif (1) mais au regard de la manière dont chaque individu se l'approprié, un sens subjectif lui sera préféré (2).

1) La dignité, un droit objectif

291. L'humanité, bénéficiaire de la « valeur sociale dignité » – La suprématie de cette notion amène certains à la qualifier de droit objectif, protégeant la personne en son sens collectif. Le droit est un instrument au service de valeurs qui le transcendent. Il est la « traduction, en termes juridiques, des choix politiques et philosophiques effectués au sein d'un État »⁷⁸¹. La dignité est objectivement présente, elle irradie le droit ainsi que toute situation de fait car « chaque fois que le droit vient en aide à une personne en situation de faiblesse ou d'infériorité, la préservation de la dignité est sous-jacente »⁷⁸². Sur le plan juridique, à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994⁷⁸³ à propos des lois de bioéthique, la dignité protège la personne humaine dans sa dimension individuelle, au travers du respect de son intégrité corporelle⁷⁸⁴, mais également dans sa dimension collective, qui se traduit par le respect de l'intégrité de l'espèce humaine⁷⁸⁵. Ensuite, couplée à l'article 16 du Code civil aux termes duquel la loi interdit toute atteinte à la dignité de la personne, cette notion apparaît bien comme une norme objective⁷⁸⁶. Les faits qui ont conduit à la célèbre décision du 27 octobre 1995⁷⁸⁷ sont connus. Le patron d'une discothèque organisait un lancer de nain, avec l'objectif de projeter celui-ci le plus loin possible. Cette animation constituait l'activité professionnelle du nain, qui était rémunéré. Alors que le tribunal administratif avait annulé l'arrêté du Maire

⁷⁸¹ F. BUSSY, « La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine », art. préc., spéc. p. 66.

⁷⁸² E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 37.

⁷⁸³ Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc. Le droit à la dignité devient un droit constitutionnel, voir Cons. const. 19 novembre 2009, déc. préc. : « Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés », « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits » ; DC QPC n° 2010-35 du 16 septembre 2010, déc. préc. : le Conseil constitutionnel laisse au législateur le soin de concilier la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'une infraction avec la sauvegarde de la dignité humaine. Pour davantage de développements, voir *infra* Partie II, Titre I, Chapitre II.

⁷⁸⁴ De la dignité découle le principe d'intangibilité du corps humain consacré par la Cour de cassation, voir par exemple Cass. crim. 10 janvier 1995 ; D. 1995, IR p. 173.

⁷⁸⁵ F. BUSSY, « La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine », art. préc., spéc. p. 63.

⁷⁸⁶ V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », LPA 2 décembre 2004, n° 241, p. 6 s., spéc. p. 9.

⁷⁸⁷ CE ass. 27 octobre 1995, n° 1362727, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; RFDA 1995, p. 878 s. Le Conseil constitutionnel avait auparavant introduit le droit à la dignité, Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc. Voir *supra* n° 134.

interdisant le spectacle⁷⁸⁸, le Conseil d'État considère que la dignité est une composante de l'ordre public et, partant, qu'une autorité détentrice d'un pouvoir de police municipale peut « prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ».

La dignité ne se présente pas comme un intérêt disponible car, en ce qu'elle est directement reliée à la condition d'être humain, le rayonnement de cette notion en droit positif est tel qu'elle se détache de la personne humaine pour être rattachée à l'humanité. Chaque atteinte à la dignité de la personne constitue avant tout une atteinte à la condition humaine. Chaque personne humaine étant le symbole individuel de l'humanité, c'est une valeur qui touche à l'essence de l'homme. Ainsi conçue cette valeur ne peut qu'être indisponible, un individu ne pouvant disposer d'une prérogative emportant toute la collectivité⁷⁸⁹.

Selon M. FABRE-MAGNAN, la dignité est un principe incontestable tant elle s'impose par son évidence⁷⁹⁰. Selon l'auteur, la dignité ne se démontre pas tant elle est inhérente à l'humain, or l'« on ne peut démontrer la valeur d'un être humain ni le définir : on ne peut que le montrer. La valeur de la personne humaine est indémontrable parce qu'elle supposerait de connaître, ce qui ne se peut, l'essence de l'homme et le sens de la vie [...]. C'est pourquoi la dignité doit être “posée”, au sens le plus précis du droit positif, c'est-à-dire qu'à défaut même de savoir ce qu'il en est dans le domaine de l'être, il doit être affiché et respecté comme devoir-être. La dignité de la personne humaine est le dogme premier, l'axiome de base au fondement du système juridique, en réalité son but ultime »⁷⁹¹. L'auteur démontre ensuite que la dignité est un principe indérogeable en ce que la personne ne peut y renoncer, pour soi-même ou pour autrui. Elle peut ainsi entraîner le sacrifice d'autres droits ou libertés mais l'inverse n'est pas concevable car la dignité n'est ni un droit fondamental ni un droit de l'homme, mais le

⁷⁸⁸ TA Versailles 2^e ch., 25 février 1992, *Société Fun Productions, M. Wackenheim c. Commune de Morsang-sur-Orge* ; J.-F. FLAUSS, « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1992, p. 1026 s., note sous arrêt. Le tribunal n'exclut toutefois pas l'existence d'une atteinte à la dignité de la personne humaine mais, à supposer qu'elle existe, elle ne peut conduire à l'interdiction du spectacle « en l'absence de circonstances locales particulières ».

⁷⁸⁹ En ce sens, voir par exemple B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », art. préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », art. préc. ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1966, p. 282 s. *Contra*, voit notamment E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc. ; du même auteur, « La dignité opposée à la personne », art. préc. ; G. GLENARD, « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *RFDA* 2015, p. 869 s.

⁷⁹⁰ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », art. préc. L'auteur déplore par ailleurs les attaques dirigées contre cette notion, notamment depuis l'affaire dite du « lancer de nain », qui consistent à lui reprocher d'être « liberticide ». L'auteur oppose à ces arguments que le propre des interdits posés par le droit consiste à limiter la liberté des individus, voir p. 7 s.

⁷⁹¹ *Ibid.*, spéc. p. 11. L'auteur aborde ici cette notion en son sens objectif, mais il n'apparaît pas contradictoire de présenter la dignité comme une notion subjective tout en admettant qu'elle est inhérente à l'humain.

fondement même de tous les droits fondamentaux⁷⁹². Le cadavre et les cendres ne pouvant se voir protégés pour le support qu'ils sont mais pour la valeur sociale qu'ils représentent, il faudrait admettre que le cadavre véhicule la « valeur sociale dignité ».

292. Le cadavre, porteur de la dignité de l'humain – Avant d'étudier la cohérence du lien entre le support d'une valeur sociale protégée et le bénéficiaire de celle-ci, il faut déterminer si ce support est en mesure de véhiculer cette valeur sociale protégée. En effet, il a été démontré que ce support est soumis au régime de la valeur sociale qu'il véhicule. L'article 16-1-1 du Code civil dispose que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Ce prolongement peut être relié soit à la personnification du cadavre, soit au fait que celui-ci représente l'être qui n'est plus. La protection de la personne se poursuivrait donc après la mort, ou, plus simplement, serait due au caractère humain du cadavre. S'il n'est ni une personne, ni un être humain, il appartient pourtant à l'espèce humaine en ce qu'il en présente les caractéristiques.

En outre, sauf exception les lésions portées au cadavre sont réprimées même en l'absence de descendants, ce qui conforte l'idée selon laquelle le cadavre est protégé pour l'humanité qu'il représente. À l'inverse, comme le relève E. GARCON « nous n'hésiterions pas à déclarer punissable la violation d'un tombeau, même très ancien et datant de plusieurs siècles, s'il était encore entretenu et si ceux qui y étaient inhumés avaient laissé des descendants »⁷⁹³. Ceci s'explique par le fait que le corps en décomposition est porteur d'humanité. Ce n'est donc pas tant le cadavre qui est protégé que ce qu'il représente, car l'atteinte au cadavre prend la forme d'une atteinte à la dignité de l'Homme⁷⁹⁴. La dignité comporte une dimension subjective en ce que chaque individu est juge de ce qui est digne ou non à son égard⁷⁹⁵ mais elle comporte également une dimension objective, qui apparaît dans les cas où cette notion est utilisée comme

⁷⁹² M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », art. préc., spéc. p. 11.

⁷⁹³ E. GARCON, *Code pénal annoté*, Livre III, article 360, p. 405.

⁷⁹⁴ Voir notamment Cass. civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, n° 09-67.456 (*Our Body*) ; G. LOISEAU, « De respectables cadavres, les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p. 2750 note sous arrêt. Voir également G. LOISEAU, « Art et dignité. Respect des morts et volonté posthume », in *Le sens de l'art aux confins du droit : le droit relégué par l'art*, *Revue Lamy Droit de l'Immateriel* 2012, p. 103 s., spéc. p. 106.

⁷⁹⁵ Voir *infra* n° 433.

un standard de protection. En revanche, le régime de protection étant fondé sur une valeur excessivement extensible, une incrimination unique se révélera peut-être insuffisante.

293. La dignité, valeur sociale extensive – L'inconvénient lié à la dignité comme valeur sociale justifiant la répression des atteintes au cadavre réside dans son étendue sans limites. D'un côté, son étendue la projette au-delà de la personne et rend concevable son application au corps en décomposition. D'un autre côté, cette même étendue conduit à ce que son utilisation en tant que fondement juridique soit souvent jugée impertinente. Le rayonnement de la dignité en droit positif est tel qu'il devient difficile de déterminer la nature juridique de cette notion ainsi que ses titulaires. Si cette notion est fondamentale et s'impose d'elle-même, cette importance constitue un revers et conduit à la percevoir autrement. Elle est en effet à l'origine de la répression des atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou encore à la liberté de la personne. La dignité ne peut donc pas se démontrer mais seulement se montrer⁷⁹⁶. Selon M. FABRE-MAGNAN la dignité provient du « vide constitutif de la personne humaine »⁷⁹⁷ et devient elle-même sans fondement.

Plus encore, celle-ci apparaît parfois comme un fondement juridique utilisé par défaut, faute de notion plus adaptée ou peu décriée. Elle n'est apparue que récemment sur la scène juridique, et particulièrement en droit interne puisqu'il a fallu attendre les lois bioéthiques. M. FABRE-MAGNAN s'interroge sur les raisons de ce constat et explique que d'une part, des notions comme la liberté, la vie privée ou l'autonomie de l'individu ont longtemps suffi à assurer le respect de la dignité de la personne et que, d'autre part, les nombreux concepts juridiques fondateurs se sont peu à peu effrités, laissant place à leur fondement qui n'est nul autre que la dignité⁷⁹⁸. L'auteur prend l'exemple du concept d'ordre public et de bonnes mœurs, dont l'évolution tend vers une certaine subjectivité en ce qu'ils reposent sur la notion de liberté individuelle, soit du droit de décider pour soi-même⁷⁹⁹. Cette mutation, qui se retrouve par ailleurs dans le déclin du principe d'indisponibilité du corps humain à la faveur de l'autonomie personnelle, dévoile peu à peu l'aspect subjectif de la dignité.

⁷⁹⁶ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », art. préc., spéc. p. 8 s. L'auteur ne perçoit cependant pas cela comme un obstacle dirimant à la judiciarisation de la dignité car c'est le propre d'un axiome d'être tenu pour une vérité indémontrable.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, spéc. p. 11.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 4 s.

⁷⁹⁹ Voir *infra* n° 437.

2) *La dignité, un droit subjectif*

294. L'influence de l'autonomie personnelle – L'argument défendu par la majorité des défenseurs de la position objectiviste réside dans la puissance, jugée intolérable, de la volonté individuelle liée à une conception subjective. N. MOLFESSIS s'en offusque car « comment tolérer que celle-ci [la volonté individuelle] ait une influence sur la dignité de la personne humaine ? La personne n'a tout simplement pas à vouloir être digne ; elle est ici dépourvue de toute puissance de volonté »⁸⁰⁰. E. DREYER oppose cependant à cet argument la nécessité d'un droit subjectif car « l'on ne peut se contenter d'une protection pénale »⁸⁰¹. La dignité suppose justement que l'individu ait la maîtrise de sa personnalité et le pouvoir d'exiger le respect de son être⁸⁰². « En cela, la dignité de l'homme s'affirme donc moins dans la protection du sujet en tant que telle que dans son pouvoir d'être protégé »⁸⁰³. Par ailleurs, l'auteur considère que la Décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994⁸⁰⁴ va en ce sens. En effet, le renvoi au Préambule de 1946 constitue selon E. DREYER une affirmation du respect de la personne et non la défense de l'ordre public⁸⁰⁵. Au surplus, une conception objective de la dignité, en ce qu'elle est un principe constitutionnel, permettrait d'exiger une obligation positive de la part de l'État.

En outre, le fait d'affirmer que la volonté individuelle n'a pas à influencer la dignité d'un individu revient à dire qu'il n'a aucune autonomie intellectuelle d'une part, et qu'il faut tolérer une « immixtion du droit dans les consciences »⁸⁰⁶ d'autre part. La conception objective

⁸⁰⁰ N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in TH. REVET et M-L. PAVIA (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 107 s., spéc. p. 129, cité par E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 37.

⁸⁰¹ E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 37.

⁸⁰² Voir cependant A. GOGORZA, « La dignité humaine », art. préc., spéc. p. 115. Les infractions protègent des valeurs sociales indisponibles, peu importe comment chacun souhaite les utiliser. L'auteur explique que, comme la vie ou l'intégrité physique, « la dignité de la personne humaine fait donc partie des intérêts qui échappent au pouvoir de la volonté, et donc à la qualification de droit subjectif », spéc. p. 116. Il est vrai que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif de l'infraction, donc même si la victime consent à ce que sa dignité soit bafouée l'infraction sera constituée. Néanmoins, d'une part le consentement est parfois un élément constitutif de l'infraction et, d'autre part, les constats établis jusqu'ici témoignent de l'emprise de la volonté sur ces valeurs sociales protégées. La liberté individuelle prime parfois sur d'autres valeurs et constituera alors, à certaines conditions, un fait justificatif lorsque le tiers interagit avec le sujet. Ces observations confortent celles établies dans la première partie de cette étude, à savoir que l'acte d'un seul individu ne peut entraîner toute l'humanité dans son sillage, du moins pas sans se soumettre à une morale arbitraire.

⁸⁰³ G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997, p. 151, spéc. n° 136, cité par E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 37.

⁸⁰⁴ Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc.

⁸⁰⁵ E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 39.

⁸⁰⁶ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », art. préc., spéc. p. 2730.

consiste en effet en la protection des hommes mais « le danger de cette démarche est d'aboutir à une conception totalitaire de ce qu'est la personne, inclinant vers ce qu'elle devrait être. Cette approche ne respecte pas la nature humaine. Elle serait, en tous cas, réductrice si elle n'était pas corrigée par une seconde approche qui consiste à mettre en avant, au-delà de ce qui rassemble les hommes, ce qui les distingue et fait leur richesse »⁸⁰⁷. De surcroît, en ce qu'elle constitue le fondement de plusieurs droits subjectifs, comme le respect du corps humain, elle constitue un instrument de protection de la personnalité. « La dignité de la personne humaine ne pourrait [d'ailleurs] être autre chose qu'une prérogative subjective, soumise au contrôle et à l'appréciation individuelle »⁸⁰⁸. En ce qu'elle garantit le respect de ce qu'il y a de plus intime chez l'individu, la dignité relève donc des droits de la personnalité, soit des droits subjectifs.

La notion de dignité apparaît davantage comme un droit subjectif en ce sens que chaque individu est maître de décider ce qui est bon pour lui. Sous cet angle, la dignité est exclusivement rattachée à la personne et ne saurait s'appliquer au cadavre, même si celui-ci est perçu comme une personne qui n'est plus⁸⁰⁹. Il faudrait alors que le cadavre ou les cendres puissent en être les supports mais les démonstrations suivantes aboutiront au rejet de la personnification du corps en décomposition.

B. Le rejet de la personnification du corps en décomposition

295. Le corps en décomposition, une chose – Le Code pénal réprime les atteintes portées au cadavre au titre des atteintes à la personne, laissant penser que le cadavre et les cendres revêtent cette qualité. Les difficultés inhérentes à cette question conduisent à rappeler la qualification qui emporte la majorité de la doctrine, à savoir celle de chose. Cette catégorie inclut par définition tout ce qui n'est pas la personne, donc un raisonnement simple permettrait d'y intégrer les restes humains. G. LOISEAU explique en effet que « le cadavre reçoit nécessairement la qualité de chose, par un effet mécanique de sa sortie de la catégorie des personnes et en l'absence, *de lege lata*, d'une catégorie intermédiaire entre personnes et

⁸⁰⁷ E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 30.

⁸⁰⁸ A. GOGORZA, « La dignité humaine », art. préc., spéc. p. 114.

⁸⁰⁹ Sur les fondements de la protection du cadavre et des cendres, voir *infra* n° 522.

choses »⁸¹⁰. Le cadavre ne bénéficie plus de la personnalité juridique, ce qui le prive inévitablement de toutes les prérogatives s'y rattachant⁸¹¹. La protection du cadavre « est ainsi façonnée sans passer par le canal de droits subjectifs puisqu'il n'y a plus, par hypothèse, de sujet pour les exercer »⁸¹². L'analyse du droit civil est donc favorable à cette classification, ne serait-ce qu'au regard de tout ce qui exclut la qualification de personne. Ensuite, le législateur se réfère parfois à la notion de chose ou, plus simplement, ne se positionne pas, ce qui conduit à envisager cette catégorie juridique faute de la qualification de personne. En droit pénal par exemple, l'article 434-7 réprime le recel de cadavre, infraction dont seule une chose peut être l'objet. Le cadavre et les cendres peuvent alors être aisément inclus dans les choses. Les partisans de la personnification du cadavre pourront certes s'appuyer sur la dignité véhiculée par ces restes humains mais il a été démontré qu'une conception subjective de cette notion fait obstacle à cette analyse.

296. L'incompatibilité du corps en décomposition avec le caractère subjectif de la dignité – Si la dignité est un droit subjectif, le corps en décomposition, dépourvu de personnalité juridique, ne peut en être titulaire. De plus, si la dignité est subjective certaines valeurs sociales qui en découlent, comme l'intégrité physique, sont dans une certaine mesure disponibles⁸¹³. Or, seule la personne est à même d'en bénéficier d'une part, et seule la personne est à même de les utiliser dans son intérêt d'autre part. La dignité sert de fondement à l'interdiction de « tout acte inhumain, c'est-à-dire de tout acte qui tend à méconnaître en tout homme, en tout être humain, une personne humaine »⁸¹⁴. Or, l'atteinte au cadavre ne méconnaît ni en tout homme, ni en tout être humain, la personne humaine puisque le cadavre n'est ni l'un

⁸¹⁰ G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014, p. 213 s., spéc. p. 215. *Contra* voir S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit. L'auteur considère que puisque la catégorie de personne humaine transcende celles de chose et de personne, le cadavre doit recevoir la qualification de personne. Voir G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 215, note n° 13.

⁸¹¹ Voir notamment Trib. civ. Orange, 30 décembre 1887. En l'espèce, un individu a décidé de léguer sa propriété à sa propre dépouille. Le tribunal prononça l'annulation du legs au motif que le bénéficiaire était « dépourvu d'individualité réelle ou de personnalité civile », caractérisant l'inaptitude de la dépouille à être titulaire de droits patrimoniaux. Voir M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGAN, « Du cadavre : autopsie d'un statut », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, op. cit., p. 403 s., spéc. p. 414 s. pour une étude des droits civils du défunt, voir F. RINGEL et E. PUTMAN, « Après la mort... », *Dalloz* 1991, chron. p. 241 s.

⁸¹² G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 217.

⁸¹³ Voir *infra* n° 433. Il sera en effet démontré que la dignité peut venir au soutien de l'autodétermination, voir notamment S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, Thèse, Paris, 2015, p. 381 s.

⁸¹⁴ B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », art. préc., spéc. p. 286.

ni l'autre⁸¹⁵. L'on peut considérer que la protection du cadavre, en ce qu'il est porteur de la « valeur sociale dignité », protège la dignité de la personne qui a été, qui a habité ce corps, mais ce serait là une extension peu opportune de la notion de personne humaine. Celle-ci a en effet perdu sa dignité avec la mort, donc la dépouille est une chose qui mérite protection mais sur un fondement différent. Pour reprendre les propos de E. DREYER, « le support de la vie d'une personne ne peut être assimilé à cette personne pour lui conférer une dignité qu'elle a perdue avec la mort »⁸¹⁶. En outre, puisque la dignité se conçoit en son sens subjectif, conférant aux individus une maîtrise de leurs choix dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs⁸¹⁷, elle ne saurait être utilisée comme un instrument de morale, commandant de pas porter atteinte à l'humain.

L'article 16-1-1 alinéa 2 du Code civil dispose que les restes des personnes décédées, y compris les cendres, doivent être traités « avec respect, dignité et décence ». La dignité constitue ici le prolongement de la notion de sacré que le Code civil n'intègre plus, et concourt à une finalité identique. Ni le cadavre, ni les cendres, ni les éléments et produits du corps humain ne peuvent constituer des choses dont le traitement serait indifférencié de celui des autres objets de droits. La dignité du cadavre reste néanmoins une valeur sociale dont le fondement est contestable, en ce sens que le mort ne peut en être bénéficiaire au titre des atteintes à la personne. Pour reprendre l'analyse de G. LOISEAU, « n'étant plus une personne, le mort n'est pas, en soi, sujet de dignité. La dignité du cadavre ne tient pas à une improbable dignité du défunt mais à la valeur attachée à l'état d'humanité, transcendant la situation des individus, vivants ou morts »⁸¹⁸. Enfin, il existe une contradiction à invoquer la dignité d'une chose, puisque cette notion est censée être un rempart contre la réification du corps humain. P.-J. DELAGE le résume très bien par cette formule, « parce que la dignité est le propre des vivants [...], elle doit être l'impropre des morts »⁸¹⁹. L'auteur exhorte donc à suivre la jurisprudence de la CEDH, qui estime que « la qualité d'être humain s'éteint au décès et que, de ce fait, la prohibition des mauvais traitements [au sens de l'article 3 de la Convention] ne s'applique plus

⁸¹⁵ Sur la définition de l'être humain voir *supra* n° 59. L'être humain suppose d'être en vie. *Contra*, voir notamment P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », art. préc., spéc. n° 11 : « En incriminant donc l'atteinte à l'intégrité des cadavres et la violation de sépulture, le législateur entend imposer une obligation de respect à l'égard des morts dans le but de préserver la dignité de la personne ».

⁸¹⁶ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », art. préc., spéc. p. 2732.

⁸¹⁷ Voir *infra* n° 433.

⁸¹⁸ G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 214. En ce sens, voir également P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010, p. 2044 s., spéc. p. 2044, note sous arrêt.

⁸¹⁹ *Ibidem*.

à des cadavres »⁸²⁰. En revanche, le corps en décomposition a ceci de particulier que s'il ne peut se prévaloir des atteintes qu'il subit, il est à l'origine de celles qui sont portées à la dignité des vivants.

297. Le cadavre, représentant de la dignité des vivants – Si les atteintes au corps en décomposition sont réprimées, il arrive que ce ne soit pas tant pour sanctionner une atteinte au cadavre en lui-même mais une atteinte causée aux vivants. En effet, le droit à la dignité du mort a été consacré notamment à la suite de la diffusion de la photographie du Préfet ERIGNAC⁸²¹ ce qui, couplé au respect du droit à l'image du mort, a contribué à une forme de personnification du cadavre⁸²². Dans cette affaire, la diffusion dans la presse de la photographie du cadavre du Préfet ERIGNAC a été jugée attentatoire à la dignité humaine. Dans la même veine, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 1^{er} juillet 2010⁸²³, rendu suite à la publication de la photographie d'une victime de torture devant décéder de ses blessures, que la cour d'appel avait considéré à juste titre que cette photographie était « contraire à la dignité humaine [et] constituait une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort et dès lors à la vie privée des proches ». Cet arrêt a un autre apport puisqu'il marque, comme d'autres, l'extinction au décès du droit d'agir pour le respect de la vie privée⁸²⁴. Le cadavre ne porte donc pas la « valeur sociale dignité » pour lui-même mais représente celle de ses proches en raison du lien particulier qui les rattache à ce corps⁸²⁵.

⁸²⁰ CEDH 27 février 2007, n° 56760/00, *Akpinar et Altun c/ Turquie* (mutilations *post-mortem*).

⁸²¹ CA Paris, 24 février 1998, JurisData n° 1998-021265 ; *D.* 1998, p. 225 s., note B. BEIGNIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2000, n° 98-13.875 ; J.-P. GRIDEL, « Est attentatoire à la dignité de la personne la publication de la photographie d'un préfet assassiné », *D.* 2001, chron. p. 885 s., et p. 1990 s., obs. A. LEPAGE. CEDH, 14 juin 2007, n° 71111/01, *Hachette Filipacchi associés c/ France* ; *RTD civ.* 2007, p. 732, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

⁸²² V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 7 s.

⁸²³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.479 ; P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », art. préc. ; G. LOISEAU, « La protection posthume de la personnalité », *JCP G* 2010, n° 39, 942, note sous arrêt.

⁸²⁴ En ce sens, voir Cass. crim. 21 octobre 1980, n° 80-90.146 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999, n° 97-15.756 ; B. BEIGNIER, « La vie privée, un droit des vivants », *D.* 2000, p. 372 s., note sous arrêt ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° 03-13.260 ; *D.* 2004, p. 2088. *Contra*, voir par exemple Cass. crim. 20 octobre 1998, n° 97-84.621 ; *D.* 1999 p. 106 s., note B. BEIGNIER ; *JCP G* 1999, II 10 044 note G. LOISEAU. La réparation des atteintes à l'image du mort est ici fondée sur l'atteinte à la vie privée des vivants par l'intermédiaire de leur proche décédé.

⁸²⁵ L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 2010 précise par ailleurs que « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, dès lors qu'ils en éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort », voir Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2010, arrêt préc. G. LOISEAU met alors en lumière le fait que cet arrêt « permet de dégager les principaux rouages du mécanisme de protection : le droit d'action, les conditions pour l'exercer et son fondement. [...] Une chose est sûre : les proches de la personne représentée ne tiennent pas leur droit d'action de leur auteur décédé ; c'est un droit propre qu'ils exercent pour mettre fin à une situation qui les affecte personnellement », voir G. LOISEAU, « La protection posthume de la personnalité », *JCP G* 2010, n° 39, 942, note sous arrêt.

Il en résulte que la dignité perçue comme le droit de faire ce qui est bon pour soi est un droit subjectif. Cette conception est davantage adaptée, notamment parce qu'elle est conforme à la maîtrise de soi par l'individu et fait obstacle à une certaine immixtion, de la part de l'État, dans les consciences. Le corps en décomposition n'étant pas une personne, il ne peut dès lors être considéré comme le bénéficiaire de cette valeur sociale protégée. Toutefois, le Code pénal le présente comme tel. Or, si le fondement d'une incrimination est inapproprié à l'objectif de protection qu'elle vise, elle ne peut être qu'elle-même inadaptée à la protection de cet objectif.

§ 2 - Les disparités dans la répression des atteintes au cadavre

298. L'étendue préjudiciable de la *ratio legis* des incriminations – Les lois de bioéthique ont grandement contribué à la protection pénale du cadavre, puisque celui-ci n'apparaît en tant que tel à l'article 225-17 du Code pénal⁸²⁶ qu'en 1994. La formulation de cette incrimination est souvent approuvée pour la matérialité de type ouvert qui en résulte. Celle-ci semble provenir directement de son fondement juridique, la dignité, et plus précisément de son étendue excessive. En effet, puisque la dignité est sous-jacente à toute valeur sociale, se diffuse et permet de réprimer nombre de comportements, les incriminations dont elle constitue le fondement sont frappées par cette même ampleur. Ce phénomène paraît bénéfique pour le corps en décomposition car même si les comportements attentatoires à l'intégrité du cadavre sont variés, nul ne peut prévoir les inconduites de l'esprit humain et se montrer exhaustif dans le choix des comportements réprimés. Cependant, cette notion irradiante comporte inévitablement des inconvénients. En effet, une première contradiction surgit car la sanction encourue par l'auteur d'une atteinte au corps en décomposition, quelle qu'elle soit, se révélera particulièrement faible alors que la dignité est censée symboliser une protection accrue et sacrée. Ensuite, puisque la dignité est rattachée à la personne, il est permis de s'interroger sur la protection accordée au cadavre ou cendres qui ne furent pas « autrui » et qui ne sont pas censés bénéficier de ces dispositions pénales alors qu'ils appartiennent au genre humain. En plus de confirmer que la dignité est bien rattachée à la personne, ces incohérences démontrent

⁸²⁶ Article 225-17 al. 1^{er} du Code pénal : « Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

que l'inadaptation de ce fondement juridique emporte des conséquences non négligeables sur les incriminations qui en découlent.

299. Annonce de plan – L'analyse des quelques textes qui organisent la répression des atteintes au corps en décomposition et, plus généralement, le traitement qui leur est réservé révélera ces incohérences. La matérialité des atteintes au corps en décomposition peut en effet être extensive (A), comme restrictive (B).

A. La matérialité extensive des atteintes au corps en décomposition

300. La matérialité de l'atteinte à l'intégrité du cadavre – La condition préalable de l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre suppose que la vie ait quitté l'enveloppe corporelle. La frontière entre les atteintes au cadavre et les atteintes à la personne se situe à ce moment précis⁸²⁷ et implique que les critères de constatation de la mort soient déterminés de manière précise⁸²⁸. Le décret du 2 décembre 1996⁸²⁹ a mis fin à certaines incertitudes⁸³⁰ en retenant comme critère la mort cérébrale, soit l'arrêt définitif de tout métabolisme et de toute fonction cérébrale, malgré la présence d'une activité cardiaque. Les scientifiques s'accordent en effet sur le fait que la destruction des fonctions cérébrales entraîne une séparation irréversible entre le corps en vie et le corps mort.

⁸²⁷ Ainsi, une atteinte au corps sera qualifiée d'atteinte à l'intégrité physique ou d'atteinte à l'intégrité du cadavre sur ce critère. De la même manière, le délit de non-assistance à personne en danger, susceptible d'être invoqué à l'encontre d'un médecin n'ayant pas respecté l'obligation de soin qui lui incombait, ne pourra être qualifié : Cass. crim. 13 janvier 1955, *Bull. crim.* n° 37 ; *JCP G* 1955, II 8560, note PAGEAUD.

⁸²⁸ À titre d'exemple, le prélèvement d'organes nécessite parfois que ceux-ci soient encore irrigués. Or, si le décès n'a pas été juridiquement constaté, l'opération est qualifiée d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne vivante.

⁸²⁹ Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique, *JO* du 4 décembre 1996. Ce décret reprend une circulaire du 24 avril 1968 du ministre de la Santé mais également des solutions jurisprudentielles antérieurement choisies par le Conseil d'État. Dans l'arrêt *Milhaud* en date du 2 juillet 1993 le Conseil d'État s'est prononcé sur la responsabilité d'un médecin qui avait effectué des expérimentations sur le corps d'une personne déclarée en état de mort cérébrale et qui avait été maintenue en état de survie somatique. Le Conseil d'État avait retenu le critère de la mort cérébrale, reprenant ainsi l'avis rendu par le CCNE en date du 7 novembre 1988 ; CE, 2 juillet 1993, n° 124.960, *Milhaud* ; G. LEBRETON, « Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993, *Milhaud*) », *D.* 1994, chron. p. 352 s. Voir également CCNE, Avis n° 12 du 7 novembre 1988 sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale. Rapport.

⁸³⁰ Dans un premier temps, l'arrêt du cœur et de la circulation sanguine constituaient les critères de constatation de la mort. Puis les techniques de réanimation ont mis à mal leur exactitude car un massage cardiaque permet désormais de réanimer des patients, ou encore de maintenir la survie des organes vitaux et de la circulation sanguine par le biais de moyens artificiels.

Ce critère établi, il reste à déterminer l'élément matériel de l'infraction, constituée par « toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit »⁸³¹, le législateur se gardant de donner davantage de précisions. Si cela reste critiquable au regard du principe de légalité des délits et des peines, la conséquence n'en est pas moins favorable sur le plan de la répression puisqu'il s'agit d'une « matérialité de type ouvert », présentant « l'avantage de garantir une efficacité répressive »⁸³². L'infraction est constituée dès lors que des coups sont portés au corps mort, ou une dégradation quelconque portant atteinte à son altérité. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui a considéré, à propos de la publication de la photo d'une victime d'un meurtre, que la seule diffusion ne suffit pas à constituer l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Il est nécessaire d'accomplir un acte matériel touchant physiquement le cadavre⁸³³. Ce comportement peut se cristalliser en une multitude d'actes, aussi l'interprétation de cette incrimination ne peut qu'être extensive.

301. L'interprétation extensive de l'atteinte à l'intégrité du cadavre – Certes, les infractions comportant une matérialité de type ouvert ne sont pas dénuées d'avantages sur le plan de la répression. Le choix du législateur d'incriminer toutes les atteintes au corps mort en un seul article se justifie par la « valeur sociale dignité » qui la fonde, mais qui comporte l'inconvénient d'être trop générale. En raison de sa formulation, cette incrimination peut contenir n'importe quel comportement à condition que le cadavre ou les cendres subissent une atteinte plus ou moins directe. Cela ne peut qu'aboutir à des incohérences et à des sanctions qui ne reflètent pas les différents degrés de gravité des comportements délictueux.

La jurisprudence a pu se montrer particulièrement extensive en la matière. En effet, constitue une atteinte à l'intégrité du cadavre le fait de prendre en photo un cadavre de jeune fille après l'avoir partiellement déshabillée⁸³⁴. Se sont également vus condamnés sur ce fondement deux individus qui, dans le cadre de l'exercice de leur profession de fossoyeur, s'étaient emparés de débris d'or et de bijoux trouvés au cours de travaux de nettoyage de fosses communes, objets qu'ils savaient non abandonnés⁸³⁵. Cette qualification est retenue au motif

⁸³¹ Article 225-17 alinéa 1^{er} du Code pénal.

⁸³² P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », art. préc.

⁸³³ Cass. crim. 1^{er} mars 2017, n° 16-81.378 ; J.-M. BRIGAN, « Diffusion de photographies de la tuerie de Chevaline : relaxes et irrecevabilité », *JCP G* 2017, n° 17, 470.

⁸³⁴ Cass. crim. 8 mars 2000, n° 99-85.403. Voir également Cass. crim. 1^{er} mars 2017, arrêt préc.

⁸³⁵ Cass. crim. 25 octobre 2000, n° 00-82.152 ; P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », art. préc. ; M. VERON, « Les détrousseurs de cadavres », art. préc.

que « les prétendues trouvailles des prévenus ont nécessairement exigé de leur part une action libératrice des objets modifiant la structure des cadavres dont l'intégrité s'est trouvée, dès lors, atteinte », confirmant ainsi toute l'efficacité répressive de cette incrimination. Partant, le fait d'avoir déshabillé ou dépouillé un cadavre répond à la même incrimination et fait encourir la même sanction que des actes de nécrophilie⁸³⁶, de nécrophagie⁸³⁷ ou encore de démembrement d'un cadavre⁸³⁸.

Ce rassemblement sous une incrimination identique de comportements bien distincts tant par leur élément matériel que par leur élément moral ne peut qu'être déploré. D'une part, le fait de prélever des morceaux de chair ou encore des membres sur un cadavre et le fait de prendre celui-ci en photo comportent deux éléments matériels différents. Tandis que dans la seconde hypothèse le corps reste intact, la première fait état d'une altération du corps. D'autre part, les intentions qui ont animé les auteurs n'ont rien de semblable, puisqu'il est indéniable que l'hostilité témoignée envers le corps est autrement plus importante de la part de celui qui le démembre que de celui qui ressent le besoin de prendre une photographie. Il est alors nécessaire que la gravité de la sanction reflète la gravité de l'acte, or la peine encourue est de un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, quel que soit l'acte accompli.

Les incohérences jurisprudentielles liées à la répression des atteintes au cadavre sont également palpables en matière de tentative. Ainsi, celui qui tire sur un cadavre en pensant l'individu vivant sera condamné sur le fondement des atteintes à la vie et plus particulièrement d'une tentative d'homicide volontaire, l'atteinte ayant été manquée du fait de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur⁸³⁹. En l'espèce, la répression porte sur le risque d'une atteinte à la « valeur sociale vie »⁸⁴⁰ et non une atteinte consommée au corps humain. L'incrimination relative à la personne humaine prime donc sur l'atteinte à l'intégrité du cadavre. Enfin, les éléments constitutifs restrictifs du recel de cadavre ou, plus généralement, l'exclusion de certains corps de la sphère pénale témoignent ici aussi de la négligence du législateur.

⁸³⁶ Cass. crim. 30 août 1877, *Bull. crim.* n° 212 ; Cass. crim. 10 janvier 1902, *Bull. crim.* n° 19 ; Cass. crim. 13 juillet 1965, *Bull. crim.* n° 175. Bien qu'incriminés sous la qualification de violation de sépulture sous l'empire de l'ancien Code pénal, il ne peut qu'en être déduit que ces comportements répondraient à celle d'atteinte à l'intégrité du cadavre sous l'empire du nouveau Code pénal.

⁸³⁷ Trib. corr. Fort de France, 22 septembre 1967 (prélèvement d'un morceau de chair humaine).

⁸³⁸ Cass. crim. 10 février 2016, n° 15-87.211.

⁸³⁹ Cass. crim. 16 janvier 1986, n° 85-95.461 ; RSC 1986, p. 839 s., note G. LEVASSEUR ; RSC 1986, p. 849 s., note A. VITU.

⁸⁴⁰ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 378.

B. La matérialité restrictive des atteintes au corps en décomposition

302. L'exclusion de certains corps – La vie du corps en formation ne constitue pas une préoccupation du législateur⁸⁴¹ mais son corps pourrait, en ce qu'il constitue un cadavre ou des cendres, susciter son attention. Le corps des enfants mort-nés appartient en effet au genre humain, aussi la dignité pourrait-elle les inclure dans sa sphère. Il faudrait alors qu'elle ne soit pas uniquement rattachée à la personne, puisque seul l'enfant né et vivant peut recevoir cette qualification. En d'autres termes, il faudrait que le corps soit protégé pour ce qu'il est. Par ailleurs, au regard de la protection extensive qu'il est censé recevoir, la protection du corps en décomposition de la personne devrait s'étendre à d'autres incriminations comme le recel de cadavre, même si celle-ci réprime une entrave à la saisine de la justice.

303. Annonce de plan – Or, malgré ces constatations, le cadavre de l'enfant mort-né fait l'objet d'une protection relative (1) et l'incrimination du recel de cadavre est restrictive (2).

1) La protection relative du cadavre de l'enfant mort-né

304. L'amélioration du statut de l'enfant mort-né – Le cadavre de l'enfant mort-né ne représente pas, pour le droit, le cadavre d'une personne. En d'autres termes, il n'est pas certain qu'il puisse entrer dans la matérialité de l'article 225-17 du Code pénal. Bien que le droit pénal fasse preuve d'autonomie⁸⁴², la jurisprudence a pu refuser de qualifier l'infraction de recel de cadavre à l'égard d'un fœtus⁸⁴³, comme d'un nouveau-né qui n'a pas vécu⁸⁴⁴ et cette solution reste acquise en droit positif⁸⁴⁵.

Le sort des enfants mort-nés a cependant connu une amélioration en droit civil. Dans un premier temps, aux termes de la Loi du 8 janvier 1993⁸⁴⁶ un acte d'enfant sans vie était dressé

⁸⁴¹ Voir *supra* n° 271 s.

⁸⁴² L'article 16-1-1 al. 2 du Code civil est relatif aux « restes des personnes décédées, y compris celles dont le corps a donné lieu à crémation » (nous soulignons).

⁸⁴³ Cass. crim. 6 août 1945 ; *D.* 1946, somm. p. 3.

⁸⁴⁴ CA Paris, 9 novembre 1951 : « Le recel de cadavre ne peut être retenu à la charge des prévenus que s'il est établi que l'enfant que la femme Morel a mis au monde a vécu » ; *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 236 s.

⁸⁴⁵ A. VITU, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 434-7, fascicule 20 : Recel de cadavre, actualisé par R. BERNARDINI, 29 février 2016, spéc. n° 6.

⁸⁴⁶ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* du 9 janvier 1993.

dès lors que l'enfant n'était pas né vivant et viable. Dans le cas des enfants mort-nés le bulletin d'enfant sans vie était dressé à partir de 22 semaines d'aménorrhée ou si l'enfant avait atteint un poids de 500 grammes. Dans un second temps, ces critères ont été abandonnés dès l'entrée en vigueur du décret n° 2008-800 du 20 août 2008⁸⁴⁷. En dehors des hypothèses de fausse couche et d'interruption volontaire de grossesse, les enfants mort-nés font l'objet d'un acte d'enfant sans vie, subordonné à la délivrance d'un certificat d'accouchement⁸⁴⁸ et permettant l'inscription sur le livret de famille et l'octroi d'un prénom à l'enfant. Pour autant, cette procédure n'emporte pas l'établissement d'une filiation ni la qualité de personne juridique⁸⁴⁹. Les articles 4-2 et 4-3 de la circulaire du 19 juin 2009 distinguent plusieurs cas⁸⁵⁰.

Les funérailles sont possibles (mais non obligatoires) lorsque la famille est en possession de l'acte d'enfant sans vie. Si toutefois elle ne l'est pas ou qu'elle ne réclame pas le corps sous dix jours, il peut être inhumé sur autorisation de la commune. Dans les autres cas, c'est-à-dire soit lorsque les parents refusent les funérailles, soit lorsque la commune ne les autorise pas, soit lorsque le certificat d'accouchement n'a pas été délivré (en cas d'interruption volontaire de grossesse ou de fausse couche précoce), le corps est considéré comme une « pièce anatomique » devant être incinérée selon les dispositions du Code de la santé publique.

305. L'enfant mort-né, pièce anatomique particulière – Lorsque ce corps mort n'est plus voué à crémation son statut se modifie pour revêtir celui des pièces anatomiques, au demeurant peu élaboré⁸⁵¹. En effet, lorsque la femme a subi une interruption involontaire de grossesse et que les parents ne peuvent ou ne veulent que leur enfant soit inhumé, l'enfant mort

⁸⁴⁷ Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du code civil, *JO* du 22 août 2008 ; G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Droit de la famille*, octobre 2008, comm. 135. Ce décret fait suite à plusieurs arrêts de la Cour de cassation en ce sens, voir Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-16.498 et n° 06-16.500 ; G. LOISEAU, « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G* 2008, n° 11, II 1045.

⁸⁴⁸ Articles 1.1 s. de la circulaire du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus. Le certificat d'accouchement est subordonné à l'appréciation médicale (le corps doit néanmoins être formé et sexué). Les critères de viabilité posés par l'OMS ne sont plus pris en compte pour établir l'acte d'enfant sans vie (22 semaines d'aménorrhée ou fœtus présentant un poids de 500 grammes). Sur leur statut et celui des corps en formation issus d'une IVG ou d'une fausse couche intervenant avant 15 semaines d'aménorrhée, voir *infra* n° 513 et 516.

⁸⁴⁹ Sur ce point, voir notamment G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », art. préc. : « l'on se trompe de débat en le plaçant sur le terrain de la personnalité juridique de l'embryon lorsqu'il n'est question, par l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, que de reconnaître à l'être prématurément décédé une individualité et de l'instituer dans sa généalogie afin de faciliter le travail de deuil de ceux qui l'ont conçu dans un projet parental ».

⁸⁵⁰ Ce qui conduit par ailleurs G. LOISEAU à qualifier ces dispositions de « réglementation à tiroirs », G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », art. préc.

⁸⁵¹ Sur le statut des éléments et produits soumis au régime des pièces anatomiques, voir *infra* n° 513 et n° 559 s.

sera incinéré au même titre que les membres amputés ou autres pièces anatomiques. Le statut du corps oscille donc entre celui d'un cadavre bénéficiant de la législation funéraire au même titre que le cadavre de la personne, et celui de déchet anatomique incinéré dans le *crématorium* de l'hôpital. Autrement dit, il dépend de la volonté des parents d'attribuer le corps à une finalité précise que sont les funérailles, ou l'utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Toutefois les cendres sont dispersées dans le jardin des souvenirs, reflétant alors un statut à part. Cette pièce anatomique est donc une chose spéciale qui pourrait être incluse dans l'article 225-17 du Code pénal au titre de la protection du cadavre ou des cendres. Il faudrait toutefois protéger le corps en décomposition sur un autre fondement que celui de l'atteinte à la personne ou, à tout le moins, le rattacher de manière plus cohérente à cette dernière⁸⁵². Le traitement réservé au corps en décomposition est donc aléatoire car d'une incrimination extensive le droit pénal peut passer à une protection restrictive. Ainsi en est-il également concernant l'infraction de recel de cadavre.

2) *Les conditions restrictives de l'incrimination de recel de cadavre*

306. Les lacunes dans la protection du cadavre – L'article 434-7 du Code pénal incrimine « le fait de receler ou de cacher le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou décédée des suites de violences ». Peu définie, la matérialité de l'infraction recouvre tout acte consistant pour une personne à faire disparaître un corps⁸⁵³. À la lecture de l'article 434-7, la constitution de l'infraction de recel de cadavre apparaît en réalité soumise à deux conditions préalables non cumulatives. L'individu doit être décédé des suites de violences, ou d'un homicide. *A contrario*, cette formulation implique que le recel de cadavre d'une personne décédée suite à une mort naturelle ou à un suicide ne sera pas qualifié de recel mais d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Dès lors, l'on ne peut voir en cette incrimination la répression des atteintes au cadavre mais une infraction à la bonne administration de la justice. Ceci explique alors que la peine encourue pour cette infraction ne s'élève qu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Outre la faible gravité de cette sanction il est surprenant de constater

⁸⁵² Voir *infra*, Partie II, Titre II.

⁸⁵³ Cass. crim. 30 octobre 1973, n° 73-92.083 : « le recel de cadavre n'étant pas défini par la loi pénale, la question concernant ce délit est régulièrement posée à la Cour et au jury dans les termes de l'article 359 du Code pénal » ; GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, article 359, n° 7 : « Il suffit que le cadavre ait été dissimulé un certain temps, pendant lequel les coupables pourront s'échapper et détruire les preuves de leur culpabilité ».

que le recel est puni plus sévèrement que l'atteinte à l'intégrité du cadavre. Il faudrait alors envisager d'étendre cette infraction en supprimant l'exigence liée aux circonstances de la mort.

Plus encore, du fait que seul le corps personnifié est réellement considéré par le législateur pénal et par la jurisprudence, les juges considèrent que le recel du cadavre d'un nouveau-né n'est pas punissable si l'enfant n'a pas vécu après la naissance⁸⁵⁴. La solution est empreinte de la même logique suivant laquelle le fœtus n'est pas « autrui »⁸⁵⁵: l'homicide ou les violences ne pouvant être retenus qu'à l'égard d'« autrui », le cadavre du fœtus « victime » d'un homicide ou de violences ne peut être recelé. La protection du cadavre est donc toute relative en l'espèce.

307. Conclusion de la Section 2 – Les développements concernant le traitement réservé au corps en formation par le droit pénal n'avaient pas abouti à un constat favorable à l'embryon et au fœtus. Une démarche comparable a ensuite été appliquée au corps en décomposition, et une impression similaire s'en est dégagée. Cadavre ou cendres, ce corps n'est plus la personne humaine donc il n'est pas dans le champ des préoccupations premières du législateur. Les atteintes au corps en décomposition sont pourtant punies au titre des atteintes à la dignité de la personne. Il convenait donc de s'interroger sur cette incrimination unique d'atteinte à l'intégrité du cadavre et, plus particulièrement, sur son adaptation au corps en décomposition.

La dignité est une valeur sociale protégée tentaculaire, souvent perçue comme un droit objectif. Elle peut en effet être conçue sous l'angle d'une valeur qui transcende l'humanité, qui est inhérente à toute incrimination relative à la dimension physique de la personne. Une conception objective de la dignité implique néanmoins que l'acte d'un individu emporte des conséquences sur l'humanité toute entière. L'étendue de la dignité et le caractère impératif de son sens objectif amènent en effet à appliquer à chacun une valeur parfois dépourvue de fondement juridique, tant elle est extensive, et qui tend à dicter une certaine forme de « morale universelle ». Cette notion a donc été définie comme un droit subjectif attaché à la personne, ce qui induit que chaque individu sache ce qui est bon pour lui et puisse décider de ce qui relève ou non de sa propre dignité. Or, le cadavre ou les cendres ne sont plus la personne et ont par

⁸⁵⁴ CA Paris, 9 novembre 1951, arrêt préc.

⁸⁵⁵ Voir *supra* n° 271.

conséquent perdu leur dignité en perdant leur vie. Pourtant, le prolongement à un mort d'une valeur sociale dont la personne est bénéficiaire ne semble pas dénué de sens.

Néanmoins, le législateur pénal protège les défunts à ce titre, ce qui témoigne de sa volonté de lui accorder un statut favorable au vu de la puissance de la notion de dignité. Au regard des développements précédents pourtant, c'est en toute logique que d'une part, l'incrimination qui en découle est elle aussi extensive et, d'autre part, que tout cadavre qui n'est pas celui d'une personne qui a été n'est pas protégé par le droit pénal. L'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre recouvre tous les comportements attentatoires au cadavre ou aux cendres, ce qui a l'avantage d'une répression efficace. Toutefois, la sanction encourue n'est que d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. En conséquence, une atteinte légère comme une atteinte particulièrement grave seront sanctionnées d'une peine inévitablement similaire. En outre, il n'est pas acquis que le corps de l'enfant mort-né bénéficie de cette incrimination car la jurisprudence n'applique pas l'infraction de recel au cadavre de l'enfant qui ne fut pas « autrui ». Cette dernière infraction témoigne par ailleurs d'une énième incohérence car, du fait qu'elle sanctionne une entrave à la saisine de la justice, le corps en est parfois exclu et la sanction encourue est également faible, bien que supérieure à l'incrimination précédemment évoquée.

308. Conclusion du Chapitre 2 – Cette partie de l'étude a d'abord été consacrée au traitement accordé au corps personnifié par le législateur pénal. Il en est ressorti que le corps reçoit un traitement inadapté lorsqu'il n'est pas appréhendé comme un support de la personne. Il convenait donc d'appliquer une démarche similaire à l'embryon, au fœtus, ainsi qu'au cadavre et aux cendres. Puisqu'il est communément admis que les éléments et produits détachés du corps humain sont des choses, leur protection pénale repose davantage sur le rapport de droit qu'ils entretiennent avec la personne, celui-ci étant, on le verra, une condition de la protection pénale qu'ils peuvent recevoir.

Les incriminations applicables au corps en formation ont tout d'abord été traitées. Il a été démontré que l'embryon faisait l'objet de dispositions pénales, lesquelles encadraient son utilisation par les chercheurs. Cela ne signifie pas qu'il ne reçoit aucune protection, mais que celle-ci est lacunaire car elle ne trouve son origine que dans l'atteinte que pourrait subir, en réalité, l'espèce humaine, au travers d'infractions comme le clonage ou la cession d'embryons à titre onéreux. Par suite, le législateur n'ayant donné aucune précision quant au statut de

l'embryon, il a été déduit des textes et de la jurisprudence qu'il répondait à la qualification de chose plus qu'à celle de personne. Le vocabulaire employé dans la formulation des incriminations, comme toutes les recherches dont il fait l'objet, tendent en effet à admettre sa réification.

Si le statut de l'embryon comporte des lacunes, celui du fœtus est inexistant. Rien dans la loi ni la jurisprudence n'indique qu'il est une chose et, de surcroît, la Cour de cassation lui refuse la qualité de personne. Il faudrait pour cela qu'il soit né et en vie, et malgré la résistance de certains juges du fond la jurisprudence constante de la Haute juridiction laisse à penser que les notions de personne juridique et de personne humaine sont identiques. Ceci explique donc que puisque ce corps n'est pas assimilé à la personne humaine, lorsque certaines valeurs sociales qu'il véhicule sont mises en balance avec celles dont sa mère bénéficie, ces dernières priment. Ainsi la liberté corporelle ou la santé de cette dernière justifient une interruption volontaire ou médicale de grossesse. Il en résulte que **le corps en formation est négligé par le droit pénal car n'étant pas la personne, le statut dont il bénéficie est soit lacunaire, soit absent.**

Le corps dépersonnalisé se compose également du cadavre et des cendres, de la personne comme de l'enfant mort-né. Bien que ceux-ci soient *a priori* des choses, leur statut reste relativement incertain. Le cadavre et les cendres font l'objet d'une infraction unique d'atteinte à l'intégrité du cadavre, codifiée dans le Livre II du Code pénal au sein d'un Chapitre relatif aux atteintes à la dignité de la personne. Cette valeur, dont le rayonnement n'est plus à démontrer, est néanmoins rattachée à la personne et se révèle donc inappropriée au corps dépersonnalisé. Pour autant, il ne peut être nié que le cadavre véhicule l'humanité, c'est-à-dire la personne dans sa dimension collective mais il ne peut bénéficier d'un droit subjectif. En effet, en ce qu'elle permet notamment à tout individu de décider de ce qui est bon pour lui elle s'entend d'un droit subjectif. Perçue comme un droit exclusivement rattaché à la personne, la dignité induit en erreur lorsqu'elle est utilisée comme fondement juridique de l'atteinte à l'intégrité du cadavre. Le corps en décomposition n'est plus la personne et ne peut de ce fait bénéficier de valeurs sociales dont elle constitue le référent. Ceci explique que malgré les intentions louables du législateur, ces inadaptations se soient répercutées sur l'incrimination d'atteinte à l'intégrité du cadavre. D'une matérialité excessivement large puisqu'elle englobe toute atteinte intentionnelle, elle comprend une sanction négligeable et contradictoire avec les

objectifs du législateur. De ce fait, l'efficacité répressive qui pourrait en découler est affaiblie par la peine encourue.

En outre, le fondement juridique de la dignité témoigne encore de ses limites au travers de la protection du corps de l'enfant mort-né. Rien n'indique que ce corps qui n'est pas celui d'autrui n'entre pas dans la sphère pénale de l'article 225-17 du Code pénal. Toutefois, la jurisprudence est réticente à lui appliquer l'infraction de recel de cadavre, infraction qui, par ailleurs, exclut parfois de son champ le cadavre de la personne. Ces observations font apparaître une certaine négligence du législateur car **le corps en décomposition est protégé au titre des atteintes à la dignité de la personne et ce fondement inadéquat se répercute sur les incriminations. Celles-ci sont alors empreintes d'insuffisances préjudiciables à la protection de ce corps, malgré les intentions respectables du législateur.**

309. Conclusion du Titre 2 – Au terme des premières observations effectuées dans cette étude, malgré les apparences le corps humain n'est pas une valeur sociale protégée mais leur support, et la personne humaine en est l'unique bénéficiaire. En conséquence, tout corps qui n'est pas traité comme le support de la personne risque d'être malmené par le droit pénal.

Dans un premier temps, les dispositions pénales relatives au corps personnifié ont été analysées et particulièrement celles qui trahissent une appréhension autonome du corps, c'est-à-dire celles issues des lois de bioéthique. Suite à l'irruption du corps humain en droit pénal, la tentative de construction d'un droit pénal de la bioéthique s'est révélée peu satisfaisante. Sur le plan formel, les incriminations par renvoi, les doublons ou encore l'organisation anarchique du Livre V du Code pénal nuisent à l'accessibilité des textes. Sur le plan substantiel, définitions lacunaires et incriminations inadaptées se succèdent, révélant les écueils de la matière. Le droit pénal de la bioéthique est d'ailleurs remis en cause en ce sens que nombre de valeurs sociales sont finalement, et en toute logique, déjà protégées par le droit pénal de la personne. Il a ensuite été observé que le corps humain met parfois à l'épreuve le droit pénal car il s'insinue peu à peu dans les infractions. Soit comme un nouvel outil de réalisation de l'infraction, à l'instar du sang contaminé, soit en ce que le rapport à soi crée des contextes infractionnels spécifiques, comme le fait de mettre fin à la vie d'un patient dont la situation n'entre pas dans le cadre légal. Le droit pénal de la personne se révèle alors quelque peu étroit et devra évoluer à l'avenir pour ne pas accentuer le fossé qui le sépare peu à peu du corps de la personne. **Le corps personnifié est alors malmené par le droit pénal soit car celui-ci l'aborde indépendamment de la**

personne, soit parce que même lorsqu'il est appréhendé à travers elle, il prend une place grandissante dont le droit pénal de la personne ne tient pas compte.

Dans un second temps, le traitement dont bénéficie le corps dépersonnalisé a été étudié car il peut, par définition, être appréhendé comme le support de la personne humaine. Or, il semble que cet état de fait l'ait desservi. En effet, le corps en formation tout d'abord est protégé de façon ambivalente par le droit pénal. L'embryon dispose d'un statut lacunaire car s'il fait l'objet de dispositions pénales, celles-ci le protègent uniquement au travers des dangers que son instrumentalisation représente pour la personne. Le législateur se garde de lui attribuer un statut mais les dispositions pénales et la jurisprudence, couplées aux recherches dont il fait l'objet, ont permis de conclure au statut de chose. Le statut du fœtus est quant à lui inexistant en droit pénal. La loi est silencieuse quant à une éventuelle qualification juridique de chose, et la jurisprudence de la Cour de cassation rejette la qualification de personne. Ceci explique alors que la liberté corporelle de sa mère, ou sa santé, prime sur la vie qu'il véhicule lors d'une interruption volontaire de grossesse. Le corps en décomposition enfin est venu compléter ces développements. Il dispose d'une grande attention de la part du législateur, ce qui explique que ce dernier a souhaité incriminer les atteintes qui lui sont portées au titre d'une des valeurs sociales les plus puissantes, la dignité. Pourtant, celle-ci induit en erreur car son interprétation est trop extensive et, surtout, elle est rattachée à la personne, qualité dont le cadavre et les cendres sont dépourvus. En conséquence, l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre s'en ressent. Sa matérialité extensive, mue par la volonté d'une protection puissante, contraste avec la faiblesse de la sanction encourue. En outre, tout cadavre qui n'est pas la personne, à savoir celui de l'enfant mort-né, se voit attribuer un statut incertain. **Le législateur pénal semble faire preuve de négligence envers le corps qui ne peut bénéficier des valeurs sociales rattachées à la personne, soit parce que les incriminations sont lacunaires, soit parce qu'elles sont inadaptées.**

310. Conclusion de la Partie 1 – La première partie de cette étude a consisté à déterminer si le corps humain était appréhendé par le droit pénal, et de quelle manière. Il n'était pas nécessaire que le corps occupe une place prépondérante, mais qu'il lui soit appliqué un régime conforme à sa nature, pour être protégé de manière efficace.

De prime abord, les dispositions pénales encadrant le corps humain font apparaître celui-ci comme une présomption de valeur sociale protégée. Le corps humain apparaît peu dans le

Code pénal, à l'inverse de la personne humaine. Un paradoxe s'est installé car le corps est inévitablement présent au travers de la dimension physique de la personne, sans pour autant être appréhendé comme une valeur sociale. Fusionné avec la personne, il bénéficie de sa protection et apparaît comme une valeur sociale incidente. Parallèlement, le législateur le traite parfois comme une valeur sociale protégée et l'érige en objet premier de l'incrimination. Le corps humain s'est donc présenté comme une valeur sociale apparente. Ce qualificatif semblant pouvoir être appliqué au corps humain, il convenait de vérifier cette hypothèse en lui appliquant les fonctions que revêtent les biens juridiques protégés. Finalité de la loi pénale, ceux-ci contribuent à la qualification de l'infraction, à l'interprétation de la loi pénale et, par extension, à la résolution des conflits de qualifications. Le corps humain n'a pu revêtir aucune de ces fonctions, tout en y contribuant indirectement car il est en filigrane dans chacune de ces opérations. Ce paradoxe a été résolu en l'analysant sous un angle différent. Il ne constitue pas, en réalité, une valeur sociale protégée mais un support de ces dernières. D'une nature concrète, il les matérialise et les véhicule. Celles-ci, composées notamment de la vie, de l'intégrité physique ou encore de la liberté corporelle, appartiennent toutes à la personne humaine, valeur sociale suprême. Ce constat s'est renforcé à l'étude de l'infraction, dont il constitue non pas la raison de la constitution mais l'outil. Révélateur du résultat et indicateur de l'élément moral, le corps humain exerce pleinement ses fonctions de support. En conséquence, **en ce qu'il est appréhendé différemment de ce à quoi conduirait sa nature, le corps humain est méconnu du droit pénal et le régime qui en découle ne lui semble pas favorable.**

En effet, il résulte de ces observations que tout corps qui n'est pas traité comme le support de la personne risque de se voir dénaturé. Concernant le corps de la personne, il a d'abord été observé que l'émergence du corps humain sur la scène juridique avec les lois de bioéthique a engendré, semble-t-il, une réaction soudaine et inadaptée du législateur pénal. Face à cette situation inhabituelle le législateur, dans une volonté de protection qui ne saurait être critiquée, a appréhendé le corps comme une valeur sociale protégée. Le droit pénal de la bioéthique qui en découle se révèle peu lisible et les objectifs de protection qu'il contient semblent similaires à ceux du droit pénal commun, ce qui remet en cause l'utilité du premier. Parallèlement, même lorsqu'il est traité comme un support de la personne il contribue à créer certaines infractions auxquelles le droit pénal n'est pas adapté. Le corps dépersonnalisé a ensuite été étudié mais le constat reste peu engageant. En effet, le corps en formation dispose d'un statut soit lacunaire, soit absent. Quant au corps en décomposition, malgré l'intention du

législateur de le protéger efficacement sous le prisme de la dignité, les incriminations sont empreintes d'insuffisances. Aussi irradiante soit-elle, cette notion ne s'applique qu'à la personne et, de ce fait, l'utiliser comme un fondement juridique induit en erreur. Elle laisse à penser que la protection qui en découle sera efficace alors qu'en réalité celle-ci est floue et parfois réductrice, puisque tout cadavre n'a pas été une personne aux yeux du droit pénal. Il en ressort que conformément à ce qui était pressenti, **le corps dépersonnalisé n'étant pas protégé par le truchement de la personne il reçoit un traitement inadapté à sa nature, et les atteintes qui lui sont portées sont soit réprimées de façon peu efficace, soit exemptes de toute répression.**

Au regard de ces conclusions, deux approches sont envisageables afin de proposer un régime plus adapté. Soit il peut être tenté d'ériger le corps humain en valeur sociale protégée, soit il peut être tenté de lui appliquer un régime conforme aux particularités qui le caractérisent. Puisqu'il a été démontré que le corps ne pouvait être à la fois une valeur sociale protégée et un support de ces valeurs, la seconde démarche sera préférée. Dès lors, puisque le support d'une valeur sociale se voit appliquer les règles relatives à la catégorie juridique à laquelle il correspond⁸⁵⁶, choses ou personnes, cette démarche sera proposée, de sorte à ce que le corps ne soit plus dévoyé mais renouvelé par le droit pénal.

⁸⁵⁶ Voir *supra* n° 126.

Partie 2 : Le corps renouvelé par le droit pénal

311. Le rattachement aux catégories juridiques – Au commencement de cette étude, le corps apparaissait comme une valeur sociale protégée mais il s'est révélé être en réalité leur support. Au regard des malades dont le droit pénal fait preuve dans le traitement octroyé au corps humain, cette partie se propose de lui attribuer un régime conforme à sa nature de support des valeurs sociales protégées. Il a ainsi été démontré que ces supports sont rattachés aux catégories juridiques préexistantes, en fonction de leurs caractéristiques, et qu'ils se voient appliquer le régime correspondant⁸⁵⁷. Le Code pénal réprime les infractions contre les personnes au sein du Livre II, ainsi que les infractions contre les biens au sein du Livre III. Par ailleurs, la personne n'est pas étrangère à ce dernier Livre en ce sens qu'elle est bénéficiaire de la propriété, valeur sociale protégée par le Code pénal. Ces deux subdivisions ne sont en définitive qu'un décalque de la *summa divisio* civiliste qui distingue les choses des personnes.

312. La classification des corps – Le corps est un support protéiforme, en ce sens qu'il peut répondre à la qualification de corps personnifié mais également de corps dépersonnalisé. Le premier s'entend, à l'analyse du droit positif, du corps de la personne née et vivante. Les corps dépersonnalisés rejoignent alors la catégorie des choses, soit parce que leur statut a pu être défini ou ne suscite pas de difficultés en doctrine, soit parce que la qualification de personne ne leur est pas applicable⁸⁵⁸. Cependant, le Livre III du Code pénal est consacré au droit pénal des biens, qui sont des choses appropriées ou du moins appropriables, et il n'est donc pas acquis que les corps dépersonnalisés puissent être qualifiés comme tels au regard du principe de non-patrimonialité du corps humain.

313. Annonce de plan – Cette démarche consistera donc à appréhender le corps humain au travers des valeurs sociales relatives à la dimension physique de la personne humaine d'une part, et aux biens d'autre part. Il s'agira ici d'appliquer et d'exploiter au mieux les règles rattachées à ces catégories juridiques, afin de proposer d'intégrer le corps humain en droit pénal

⁸⁵⁷ Voir *supra*, n° 126.

⁸⁵⁸ Ainsi en est-il du cadavre, voir *supra* n°295.

au sein d'un régime conforme à sa nature. Le tout permettra de construire les fondements d'un régime qui s'inscrit dans le prolongement et la cohérence des développements précédents et qui se montrera satisfaisant. Il s'agira aussi d'en révéler des faiblesses, dont il conviendra d'identifier l'origine.

Un renouvellement du régime applicable sera proposé tout d'abord au travers du corps personnifié (**Titre I**), puis au travers du corps réifié (**Titre II**).

Titre I : Le corps personnifié

314. Le corps dans le rapport à autrui – La tentative par le législateur pénal d’appréhender le corps humain en dehors du prisme de la personne humaine a révélé ses faiblesses, car cette démarche était en réalité contraire à la nature de ce corps. Il a été démontré que l’émergence du corps sur la scène juridique, essentiellement du fait des progrès de la science, est à l’origine de certaines particularités qui se répercutent sur les éléments constitutifs de l’infraction. Parallèlement, le corps personnifié déstabilise le législateur pénal en mettant en lumière, par exemple, l’étroitesse des éléments constitutifs de certaines infractions, ou en soulevant des interrogations sur le commencement de la personne humaine. L’intégration du corps personnifié ne peut donc être effective que si le droit pénal s’adapte à ces particularités. En outre, prise en sa dimension physique la personne humaine voit son corps appréhendé sous deux axes par le droit pénal. Deux principes se tiennent constamment côte à côte, parfois s’entremêlent mais se distinguent. Ce sont les principes d’inviolabilité du corps humain d’une part, et d’indisponibilité du corps humain d’autre part. Le corps personnifié doit alors trouver sa place dans l’une ou l’autre de ces approches, en fonction du rapport de la personne à son corps.

315. Le corps dans le rapport à soi – Le régime applicable à la personne humaine s’organise autour des rapports qu’elle entretient avec autrui mais également autour du rapport à soi. L’adage *noli me tangere*, « ne me touche pas »⁸⁵⁹, traduit le fait qu’« un individu humain ne peut être contraint de subir une atteinte à son corps, quand bien même elle se trouverait justifiée par l’intérêt légitime d’un individu »⁸⁶⁰. L’inviolabilité du corps humain n’induit pas « l’indifférence à la volonté individuelle mais, au contraire, son respect comme condition *sine qua non*. En ce sens, l’inviolabilité désignerait simplement le droit reconnu à l’individu d’interdire d’être touché »⁸⁶¹. À l’inverse, la libre disposition du corps humain induit la volonté

⁸⁵⁹ Il s’agit du « droit de repousser l’agression d’autrui contre le corps », F. CHABAS, « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l’Association H. Capitant, Tome 26, Dalloz, 1975, p. 227, cité par F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., p. 167.

⁸⁶⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, op. cit., p. 382.

⁸⁶¹ A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d’autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op. cit., p. 647 s., spéc. p. 653.

d'être atteint dans son intégrité physique, volonté limitée par le principe d'indisponibilité du corps humain. En d'autres termes, ces deux principes protègent la volonté de l'individu, soit d'être atteint, soit de ne pas être atteint, et le protègent donc contre autrui et contre lui-même. Si la répression des atteintes commises par autrui ne pose guère de difficultés quant à la légitimité de l'intervention du législateur pénal, la limite entre le droit et la morale devient ténue dès lors que l'autonomie personnelle apparaît. Il n'est donc pas surprenant que le législateur pénal se montre fluctuant dans son appréhension du consentement à la lésion. Bien que celui-ci ne puisse revêtir la qualité de fait justificatif, de nombreuses exceptions, dont on a parfois du mal à distinguer la logique, viennent contredire cette affirmation. Il faudra alors déterminer si certains critères peuvent être utilisés pour extraire une ligne directrice, permettant de délimiter les domaines dans lesquels l'autonomie personnelle dispose d'une assise effective dont le droit pénal peut saisir.

316. Annonce de plan – Cette démarche consistera à intégrer le corps personnifié en droit pénal, de la manière qui reflète au mieux sa nature ainsi que les particularités qui lui sont propres. L'intégration du corps personnifié sous la « valeur sociale personne humaine » sera réalisée à l'appui des incriminations existantes et sous le prisme du rapport avec les tiers, mais également avec soi-même.

En conséquence, seront proposés un renforcement de la répression des atteintes non consenties (**Chapitre 1**), ainsi qu'un renforcement de la justification des lésions consenties (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le renforcement de la répression des atteintes non consenties

317. L'extension du droit pénal de la personne – La prééminence de la personne humaine est telle que lorsque le corps personnifié n'est pas abordé sous son prisme, les incriminations dont il fait l'objet semblent inadaptées. Cependant, peut-être serait-il possible de sortir de ces impasses en adoptant une démarche inverse et en appliquant au corps le régime de la personne dont il est le support. Par ailleurs, les difficultés et inégalités précédemment relevées quant au refus de la Cour de cassation de considérer le fœtus comme « autrui » au sens du droit pénal, couplées au silence du législateur sur le statut de cet être humain, engendrent des incohérences juridiques. Or, l'autonomie du droit pénal peut permettre de se départir de cette confusion entre la personne juridique et la personne humaine. Si le corps du fœtus peut être rattaché au statut de la personne, il faudra alors envisager de lui appliquer les dispositions pénales qui en résultent.

Le régime applicable au corps personnifié relève donc du droit pénal commun, auquel il faudra tenter d'apporter des améliorations. Cette démarche permettrait en effet d'aboutir à un droit pénal de la personne plus cohérent, dans l'objectif de proposer une répression renforcée. Néanmoins, si le fœtus peut recevoir la qualification de personne le droit pénal devra s'adapter au fait que l'enfant soit en gestation et à l'effet que cela produit sur les éléments constitutifs de l'infraction. Seules certaines incriminations pourront alors être extraites du droit pénal applicable à la personne née pour être appliquées au fœtus. Il conviendra par conséquent d'identifier le régime applicable à la personne née, pour ensuite l'appliquer, dans une certaine mesure, à l'enfant à naître.

318. Annonce de plan – La mise en œuvre d'une appréhension renouvelée du corps humain se concrétisera au travers de l'harmonisation des atteintes à la personne après la naissance (**Section 1**), puis à travers la pénalisation des atteintes commises avant la naissance (**Section 2**).

Section 1 : L'harmonisation des atteintes à la personne commises après la naissance

319. L'exploitation du droit pénal commun – Si le corps personnifié ne peut être appréhendé indépendamment de la personne humaine, cela induit *a contrario* qu'il est susceptible recevoir une protection efficace du droit pénal dès lors que les atteintes qui lui sont portées relèvent du droit pénal de la personne. Le Livre II du Code pénal est consacré aux infractions commises à l'encontre de la personne humaine dans sa dimension individuelle mais également collective, puisque sont incriminées les atteintes à l'humanité et à l'espèce humaine. Dès lors, l'édification du régime applicable à la personne suppose dans un premier temps d'analyser les dispositions pénales qui construisent le droit positif, pour ensuite pouvoir en tirer profit, dans un second temps.

Les incriminations en vigueur pourront en effet être exploitées et un droit pénal harmonisé, plus lisible et plus accessible pourrait être construit à partir du regroupement des infractions, au regard de leurs éléments constitutifs ainsi que des valeurs sociales qu'elles protègent. Néanmoins, ces dernières ne pourront être l'unique instrument de cette nouvelle organisation car elles peuvent se montrer imprécises et fluctuantes. Cette démarche sera donc subordonnée à la correspondance entre d'une part, les valeurs sociales portées par les incriminations à rassembler et, d'autre part, les éléments constitutifs des infractions.

320. Annonce de plan – L'application pleine et entière du régime de la personne au corps personnifié sera donc effectuée dans un premier temps par le maintien du droit pénal commun en vigueur (§1). Puis, dans un second temps il sera tiré profit de celui-ci dans une optique d'amélioration des incriminations, par le dépassement du droit pénal commun (§2).

§ 1 - Le maintien du droit pénal commun

321. Du principe civiliste d’inviolabilité du corps humain à sa traduction pénale –

De tout temps, le droit pénal a réprimé les atteintes à la dimension physique de la personne. Dès 1994, le respect du corps humain a pris la forme d’un droit subjectif, dont l’étendue est précisée au sein des articles 16 et suivants du Code civil. L’article 16 du Code civil dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie ». La personne humaine est donc au sommet des objectifs du législateur civil et le corps humain apparaît, en tant que tel, aux articles 16-1 et suivants du même code. Plus particulièrement, l’article 16-1 dispose que « 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 ».

Le principe d’inviolabilité du corps humain connaissait déjà une traduction pénale au travers de la répression de toutes les atteintes à l’intégrité physique de la personne. Bien que le Code pénal ne mentionne pas explicitement ce principe, les incriminations du Titre II du Livre II répriment les atteintes à dimension physique de la personne et donc, de manière indirecte, à son corps. Puisque le corps humain véhicule à lui seul plusieurs valeurs sociales protégées, certaines d’entre elles sont parfois en concurrence car il est parfois nécessaire de porter atteinte à l’une pour préserver l’autre.

322. Annonce de plan – L’application du régime de la personne humaine nécessitera donc d’étudier dans un premier temps la répression des atteintes au corps personnifié (**A**), puis, dans un second temps, la justification des atteintes au corps personnifié (**B**).

A. La répression des atteintes au corps personnifié

323. Le double degré de protection – Le droit pénal s’immisce dans les rapports entre la personne et les tiers en dressant un rempart contre les agressions extérieures. Support de la personne, le corps humain se voit donc octroyer une protection par ricochet, au travers d’« autrui » qui est omniprésent. Au regard du principe d’inviolabilité du corps humain, toute atteinte est présumée illicite et plus précisément, cette illicéité connaît un double degré. Par

principe, les atteintes non consenties sont réprimées mais certaines atteintes ne peuvent souffrir d'aucune justification.

324. Annonce de plan – La répression des atteintes au corps personnifié se traduit par une interdiction d'attenter au corps humain (1), ainsi que par le caractère absolu de cette interdiction (2).

1) *L'interdiction d'attenter au corps personnifié*

325. La traduction pénale de l'inviolabilité du corps humain – Bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans le Code pénal, le principe d'inviolabilité du corps humain bénéficie d'une « reconnaissance implicite »⁸⁶² tant son contenu semble évident. Il marquait le Code pénal de son empreinte bien avant l'émergence du corps humain en 1994 car toute atteinte corporelle non consentie est par principe réprimée. L'adage *noli me tangere* s'exprime au travers de toutes les incriminations protégeant la dimension physique de la personne humaine. Les valeurs sociales sur lesquelles cette étude s'est jusqu'ici fondée⁸⁶³, tout comme les infractions causant leur lésion⁸⁶⁴ en sont le reflet. La répression des atteintes non consenties à l'intégrité physique, à la vie, ou encore à la liberté sexuelle est l'expression pénale du respect du corps humain, par le biais du respect de la personne humaine. L'adoption des lois de bioéthique a complété cet appareil législatif en consacrant ce principe dans le Code civil d'une part et, d'autre part, en enrichissant le Code pénal de diverses incriminations implicitement fondées sur les principes civilistes de respect de la personne humaine.

Par le jeu de la mise en balance des valeurs sociales diffusées par le corps humain, la protection du corps personnifié se révélera parfois ambivalente. Il s'agit en réalité d'une impossibilité relative d'attenter au corps humain car les causes de justification des infractions sont nombreuses. Ce système est inhérent à la nature du corps car le sort qui lui est réservé oscille au gré de la mise en balance des valeurs qu'il véhicule. Néanmoins, il est des cas dans lesquels l'inviolabilité du corps humain constitue un principe absolu.

⁸⁶² F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., spéc. p. 166.

⁸⁶³ Sur les valeurs sociales dont la personne humaine est bénéficiaire, voir *supra* n° 127.

⁸⁶⁴ Sur les infractions dont le corps est l'objet, voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II.

2) *L'interdiction absolue d'attenter au corps humain*

326. L'absence de consentement, élément constitutif de l'infraction – Si la prohibition des atteintes au corps humain reçoit de nombreux tempéraments⁸⁶⁵, l'inviolabilité de la personne humaine peut parfois se montrer toute puissante. Les quelques exemples suivants reflètent des situations dans lesquelles la primauté de la « valeur sociale intégrité physique »⁸⁶⁶ ne supporte aucun tempérament lorsque le sujet n'y consent pas. L'absence de consentement se présente ici comme un élément constitutif de ces infractions, qui ont pour particularité de ne pouvoir être neutralisées par une quelconque cause de justification.

Par exemple, lorsque le patient refuse de mettre son corps à disposition à des fins scientifiques ou de recherche, ou dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, rien ne saurait justifier le non-respect de cette volonté. G. GIUDICELLI-DELAGE souligne ainsi qu'il est interdit de méconnaître le refus de l'incapable malgré le consentement donné par le représentant légal, ni le refus du mineur à un prélèvement de moelle osseuse⁸⁶⁷. De même, la recherche biomédicale non consentie⁸⁶⁸ ou encore le prélèvement d'organes sans consentement sont réprimés car l'intérêt scientifique ne saurait rivaliser⁸⁶⁹. Ces refus « ne peuvent jamais être illégitimes »⁸⁷⁰, ce qui les différencie des exemples nombreux dans lesquels la mise en balance du consentement avec la protection de l'intégrité physique justifie l'atteinte portée à cette dernière. Ici, l'intérêt thérapeutique d'autrui comme l'intérêt de la recherche scientifique sont fort heureusement des biens juridiques moins importants.

L'objectif premier des incriminations relevant du droit pénal commun comme du droit pénal de la bioéthique, est concentré sur le respect de la personne et le corps humain en tire un

⁸⁶⁵ Voir *infra* n° 327.

⁸⁶⁶ Ce terme étant entendu *lato sensu*, soit tout ce qui a trait à la dimension physique de la personne humaine.

⁸⁶⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », art. préc., spéc. p. 23, note n° 68.

⁸⁶⁸ Pour de plus amples développements sur la recherche biomédicale non consentie au travers d'une illustration jurisprudentielle, voir P.-J. DELAGE, « Les recherches biomédicales non consenties devant la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RGDM* 2009, n° 31, p. 207 s.

⁸⁶⁹ Les recherches médicales encadrées par la loi concernent les recherches contribuant aux progrès scientifiques, tel le dépistage des maladies. Voir Cass. crim. 24 février 2009, n° 08-84.436 ; P. MISTRETTA, « Recherche biomédicale non consentie : le sursaut du droit pénal », note sous Cass. crim. 24 février 2009, *JCP G* 2009, note n° 13.

⁸⁷⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », art. préc., spéc. p. 23.

bénéfice variant au gré des intentions du législateur. Cependant, certaines atteintes sont justifiées par la loi, couplée au consentement de la personne.

B. La justification des atteintes au corps personifié

327. Les causes objectives d'irresponsabilité – À l'exception des cas dans lesquels l'impossibilité d'attenter au corps humain est absolue, les lésions commises sur la personne peuvent parfois être justifiées par des causes propres au délinquant⁸⁷¹ mais également par des causes objectives d'irresponsabilité pénale. La qualification d'homicide volontaire peut par exemple être neutralisée par la légitime défense⁸⁷² et, plus généralement, la plupart des entorses au principe d'inviolabilité peuvent être justifiées par l'autorisation de la loi. Cette situation se rencontre particulièrement dans le domaine de l'urgence médicale⁸⁷³ lorsque le médecin est amené à pratiquer une intervention attentatoire à la vie ou à l'intégrité physique du patient. L'article 16-3 alinéa 2 du Code civil dispose en effet que le consentement du patient n'a pas à être recueilli préalablement « dans le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »⁸⁷⁴. Deux valeurs sociales sont alors en conflit à savoir l'intégrité physique du patient, ou sa vie, et sa liberté corporelle. Le législateur a prévu en amont de faire primer les deux premières. En d'autres termes, dans ces hypothèses le patient ne peut *a priori* refuser les soins. Or, il arrive qu'il souhaite faire primer

⁸⁷¹ Les causes objectives d'irresponsabilité se distinguent des causes subjectives d'irresponsabilité. Les premières tiennent à des faits justificatifs extérieurs au délinquant, qui incluent la légitime défense, l'état de nécessité ainsi que l'autorisation ou la permission de la loi. Les secondes tiennent à l'inverse au délinquant et s'entendent de la minorité, de l'erreur de droit ou de l'abolition ou altération du discernement. Les causes objectives neutralisent la qualification de l'infraction, tandis que les causes subjectives neutralisent l'imputation de l'infraction au délinquant. Pour cette présentation, voir X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, spéc. p. 218 s. et p. 254. Seules les causes objectives d'irresponsabilité pénale seront étudiées car elles sont susceptibles de faire obstacle à la qualification de l'infraction, soit à la réponse pénale donnée suite à une atteinte au corps.

⁸⁷¹ Si le consentement n'est pas, en principe, un fait justificatif en droit pénal, il opère ses effets lorsqu'il est couplé à une autorisation légale. Toutefois, la lésion consentie par le sujet relève de l'indisponibilité du corps humain, puisque la personne exprime la volonté d'être atteinte dans son intégrité physique. Cette question sera donc traitée ultérieurement, voir *infra* n° 411 s.

⁸⁷² Article 122-5 du Code pénal.

⁸⁷³ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 88 s. ; B. PY, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *AJ pénal* 2012, p. 384 s.

⁸⁷⁴ Voir, pour le premier article de doctrine relatif au consentement du patient à une opération chirurgicale, GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, « Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale » *Revue générale de droit* 1926, p. 129 s. Sur la responsabilité civile du médecin en cas de lésion corporelle causée dans le cadre d'une opération pratiquée sans le consentement libre et éclairé du malade, voir Cass. req. 28 janvier 1942, D. C. 1942. La Cour de cassation invoque expressément le respect de la personne humaine.

ses convictions personnelles au détriment de ces valeurs ce qui, on le verra, peut soulever des difficultés.

De même, l'état de nécessité exonère de sa responsabilité pénale celui qui commet, face à un danger actuel et imminent qui menace autrui, un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne⁸⁷⁵, à condition qu'il soit proportionné à la gravité de la situation. L'état de nécessité doit toutefois être encadré. Par exemple, ce fait justificatif est parfois invoqué en cas d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse et, comme le souligne P. MISTRETTA, la jurisprudence se montre particulièrement sévère sur la question. La Cour de cassation considère en effet que l'état de nécessité ne peut être invoqué dès lors que l'interruption de grossesse a été accomplie dans le respect des dispositions légales. Le médecin pourrait en effet commettre cette infraction en invoquant que la « valeur sociale vie » véhiculée par le corps en formation est supérieure à la « valeur sociale intégrité physique » que porte le corps de la femme⁸⁷⁶. En toute hypothèse, ces lésions corporelles non consenties trouvent une justification essentiellement motivée par la primauté de la santé ou, plus généralement, de la vie du patient. Ceci amène à considérer la question du refus de soins car ici encore, une mise en balance des valeurs sociales protégées se concrétise lorsqu'un patient dont la vie est en danger refuse d'être soigné.

328. Les difficultés liées au refus de soins – Des difficultés apparaissent en matière de refus de soins par exemple lorsqu'il s'agit des témoins de Jéhovah qui, en raison du caractère sacré du sang, refusent toute transfusion⁸⁷⁷. Le principe d'inviolabilité du corps humain trouve en effet une limite lorsque le médecin a le devoir de protéger la santé de l'individu par tous moyens. Antérieurement à la loi du 4 mars 2002, il a été jugé à propos du refus d'une transfusion sanguine que le médecin ne commet pas de faute lorsque le pronostic vital du patient est engagé et que la transfusion est la seule alternative thérapeutique⁸⁷⁸. Puis, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002 a consacré la prééminence de la volonté du patient sur la décision médicale. Pour autant, il a été jugé dans un arrêt rendu par le Conseil

⁸⁷⁵ Article 122-7 du Code pénal.

⁸⁷⁶ Cass. crim. 2 avril 1997, n° 96-82.024, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 89 s.

⁸⁷⁷ Voir par exemple B. PY, « Pratiques médicales et fin de vie : aspect pénal », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, *op. cit.*, p. 57 s., spéc. p. 65 s. ; P. BICLET, « Faut-il transfuser un témoin de Jéhovah contre son gré ? », *Médecine et droit*, 2003, p. 137 s. ; F. VIALLA, « Responsabilité : refus transfusionnel », *D.* 2007, p. 1848 s.

⁸⁷⁸ CE 26 octobre 2001, n° 198546 (*Senanayake*) ; D. CHAUVAUX, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA* 2002, p. 146 s.

d'État le 16 août 2002⁸⁷⁹, concernant un médecin qui était passé outre le refus d'une patiente au nom de la primauté de la vie, que celui-ci peut procéder à la transfusion lorsque le pronostic vital est engagé, lorsqu'elle est « proportionnée et indispensable à la survie de l'intéressée »⁸⁸⁰ et après avoir tout mis en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins. La consécration du droit au refus de soin par la Loi du 4 mars 2002 connaît donc une limite, la sauvegarde de la vie. Malgré la répression de principe des atteintes à la personne humaine, cet acte qui devrait recevoir la qualification de violences volontaires se voit justifié par la primauté de la vie du patient, couplée à l'obligation de soins du médecin. La liberté individuelle, manifestée ici par des pratiques religieuses, s'efface devant des valeurs sociales jugées plus importantes. Cependant, il sera démontré⁸⁸¹ que la Loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie⁸⁸² a considérablement augmenté l'assise de l'autonomie personnelle du patient. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dans sa nouvelle rédaction impose en effet au médecin de respecter la volonté de la personne, même si sa décision met sa vie en danger. De ce fait, lorsque la jurisprudence aura à se prononcer il n'est pas certain qu'en cas de refus d'une transfusion sanguine par exemple, le droit au refus de soin soit à nouveau limité par la primauté de la vie du patient.

Il faut également citer au titre du refus de soins l'exemple du traitement inhibiteur de libido, rendu systématiquement obligatoire⁸⁸³. La Loi du 10 août 2007⁸⁸⁴ a généralisé l'injonction de soins et l'a rendue systématique pour tout condamné faisant l'objet d'un traitement⁸⁸⁵. Cette mesure ne peut être entreprise sans le consentement du condamné⁸⁸⁶. Pourtant, cette exigence reste bien relative. Par exemple, le fait de ne pas prendre le traitement ou de l'interrompre est assimilé à la violation des obligations de la surveillance judiciaire⁸⁸⁷ ou

⁸⁷⁹ CE 16 août 2002, n° 249552 ; P. MISTRETTA, « Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate ! », *JCP G* 2002, n° 48, II 10184, note sous arrêt.

⁸⁸⁰ Le principe de protection de la vie a toujours été mobilisé par la jurisprudence administrative ce malgré la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, suivie par les Lois n° 2005-370 du 22 avril 2005 et n° 2016-41 du 26 janvier 2016, consacrant le droit à refuser tout traitement. Il est fait peu cas de la volonté du patient lorsque sa vie est en danger. Sur ce point, voir par exemple B. MATTHIEU, « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie », *RGDM* 2003, n° 9, p. 97 s.

⁸⁸¹ Voir *infra* n° 416 s.

⁸⁸² Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JO* du 3 février 2016.

⁸⁸³ Article 706-47 du Code de procédure pénale.

⁸⁸⁴ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JO* du 11 août 2007.

⁸⁸⁵ Articles 131-36-1 du Code pénal et 763-3 al. 3 du Code de procédure pénale.

⁸⁸⁶ Cette exigence fut renforcée par la Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, *JO* du 11 mars 2010.

⁸⁸⁷ Article 723-35 du Code de procédure pénale.

de la liberté conditionnelle⁸⁸⁸ et, surtout, la peine d'emprisonnement⁸⁸⁹ pourra être mise à exécution par le juge de l'application des peines. Dès lors que le consentement du condamné est relatif, il faut admettre que celui-ci se voit imposer un traitement au motif de préserver la société du comportement d'un individu. Une forme de nécessité collective l'emporte alors sur la volonté individuelle.

Il résulte de ces observations que l'intégration du corps personnifié en droit pénal se concrétise en premier lieu par l'application du droit pénal commun. La répression des lésions non consenties se fonde sur le principe d'inviolabilité du corps humain et sa traduction pénale. Ce principe est toutefois truffé d'exceptions car le corps humain étant au centre de diverses utilisations, il est apparu nécessaire que la répression des atteintes à l'intégrité physique cède du terrain même en l'absence de consentement de la part du sujet. Dans ces hypothèses, le législateur a été contraint d'« ouvrir au cas par cas la boîte de Pandore »⁸⁹⁰.

Il convient désormais de proposer l'application de ce régime à certains comportements incriminés au sein du Livre V du Code pénal. Il sera ainsi tenté de remédier aux lacunes précédemment constatées en rassemblant ces incriminations sous le régime du droit pénal commun, à effet de renforcer la répression des atteintes au corps personnifié et de permettre au droit pénal commun de se dépasser.

§ 2 - Le dépassement du droit pénal commun

329. Rappel des faiblesses des incriminations existantes – Il est ressorti de cette étude que le droit pénal de la bioéthique constitue un ensemble parfois peu accessible, notamment parce que certaines incriminations sont peu définies ou leur emplacement dans le Code pénal manque de cohérence. De surcroît, les éléments constitutifs de certaines incriminations spéciales sont similaires à d'autres qui relèvent du droit pénal commun, ou encore certaines infractions sont peu adaptées à de nouvelles situations auxquelles le législateur est confronté. Il

⁸⁸⁸ Article 733 du Code de procédure pénale.

⁸⁸⁹ Article 131-36-1 du Code pénal.

⁸⁹⁰ M. REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain : entre sacralité et disponibilité*, Les Études hospitalières, 2011, p. 69.

faut alors envisager de tirer profit des incriminations existantes, ce qui permettra soit d'en regrouper certaines, soit d'en créer d'autres en s'inspirant du droit pénal de la personne.

330. Les instruments juridiques de la modulation des incriminations – S'il est nécessaire d'être guidé dans cette démarche, les valeurs sociales protégées par les textes ne peuvent être un instrument unique de technique juridique⁸⁹¹. En effet, la *ratio legis* à l'origine d'une incrimination a été choisie par le législateur au regard de ce qu'il a souhaité faire primer. Pour autant, cela ne signifie pas que seule cette valeur sociale est atteinte par le comportement visé, postulat d'autant plus affirmé qu'il a été démontré que le corps humain véhiculait plusieurs valeurs sociales. Le choix de mettre en avant l'une ou l'autre dans le Code pénal repose à la fois sur la volonté de faire primer la plus importante et sur l'objectif de cohérence du Code pénal. Il semble donc judicieux de rassembler les incriminations sous les valeurs portées par le Code pénal au regard de la première *ratio legis* qu'elles semblent protéger mais également au regard des éléments constitutifs des infractions.

331. Annonce de plan – Il a été précédemment expliqué que le Titre II réprimait les atteintes à la personne en tant qu'être individualisé mais que celle-ci est également part entière d'une dimension collective, au travers de l'humanité et de l'espèce humaine. En conséquence, les incriminations relatives à l'espèce humaine (**A**), puis les incriminations relatives à la personne humaine (**B**) seront traitées.

A. Les incriminations relatives à l'espèce humaine

332. La recherche d'un régime équilibré – Le Livre II du Code pénal s'ouvre sur les crimes commis à l'encontre de l'humanité et de l'espèce humaine. Les dispositions pénales dont l'emplacement a été précédemment critiqué⁸⁹² concernent l'espèce humaine et non l'humanité, aussi s'intéressera-t-on uniquement au Sous-Titre II⁸⁹³. Du fait de l'importance des progrès

⁸⁹¹ Sur l'imprécision des valeurs sociales protégées dans l'application de la loi pénale, voir notamment O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., p. 103 s. Dans le même sens, voir notamment PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 181 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 280.

⁸⁹² Voir *supra* n° 190 s.

⁸⁹³ Certains auteurs affirment que les crimes contre l'espèce humaine ne sont pas à dissocier des crimes contre l'humanité, voir par exemple M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC* 2012, p. 495 s., spéc. p. 98. Dans le même sens, voir par exemple A. GIUDICELLI, « Le droit pénal de la bioéthique », art. préc.

scientifiques, il est indéniable que certains domaines comme la génétique ou la biomédecine peuvent mettre en danger l'espèce humaine, en ce qu'ils offrent à l'homme la possibilité d'intervenir sur le génome humain⁸⁹⁴. La protection de l'espèce humaine se veut particulièrement effective car « il s'agit alors de protéger l'être humain dans son essence et dans ce qui sert de support biologique de l'humanité »⁸⁹⁵. Il convient donc, dans une démarche d'harmonisation et de renforcement du droit pénal de la personne, de tirer profit de celui-ci ainsi que des écrits de la doctrine pour proposer un regroupement ou un complément de certaines infractions.

333. Annonce de plan – L'incrimination d'eugénisme est mise en cause en raison de la définition lapidaire de cette infraction, aussi sera-t-elle complétée aux fins d'étendre son rayonnement (1). La pratique du clonage peut quant à elle prendre plusieurs formes, codifiées au sein d'incriminations qui peuvent être regroupées (2).

1) *Le rayonnement de l'incrimination d'eugénisme*

334. L'exclusion de la dignité comme critère d'identification du bien juridique protégé – Le rassemblement des incriminations suppose de dégager un critère de classement. Se référer à la gravité de la sanction semble peu pertinent au regard de la similarité des peines encourues, aussi s'intéressera-t-on davantage à la *ratio legis* fondant la répression des comportements délictueux concernés. L'espèce humaine est la principale valeur sociale protégée par ces incriminations et c'est pourquoi il est tentant de se fonder sur la dignité. Néanmoins, il a été démontré que la dignité était omniprésente dans les valeurs dont la personne humaine bénéficie. Par conséquent, la démarche serait dénuée de sens car chaque atteinte recense une part de protection de la dignité. Il n'est donc pas utile de s'y référer, d'autant que l'élément matériel⁸⁹⁶ des incriminations pouvant porter atteinte à l'espèce humaine constitue une clef de lecture et permet de les rassembler.

⁸⁹⁴ M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865 s., spéc. p. 865. Le génome humain est constitué par l'ensemble des informations génétiques d'un individu.

⁸⁹⁵ N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit*, L'Harmattan, 2013, p. 181.

⁸⁹⁶ Ces atteintes étant toutes intentionnelles, l'on ne s'attardera pas sur leur élément moral.

335. La matérialité constitutive de l'infraction d'eugénisme – Une répression efficace des atteintes portées au génome humain tient entre autres à des incriminations comportant des éléments constitutifs précis ce qui, on l'a démontré, peut être amélioré⁸⁹⁷. S'il est vrai que des manipulations génétiques peuvent conduire par exemple à soigner des maladies, elles peuvent également conduire à des modifications du patrimoine génétique humain et, par extension, de l'espèce humaine. C'est dans la perspective d'encadrer ces dérives que le législateur pénal est intervenu et, à ce titre, le Livre II du Code pénal réprime tout d'abord l'eugénisme. Cette pratique visant à améliorer l'espèce humaine peut se définir comme la « science de l'amélioration de la race », ayant pour but de « diriger l'évolution de l'espèce humaine et de la guider dans une direction favorable »⁸⁹⁸. Néanmoins, l'incrimination mentionne uniquement « le fait de mettre en œuvre une pratique ». Le spectre de l'incrimination pâtit dès lors d'une définition large et imprécise.

Les instruments internationaux se révèlent également timorés en matière de définition⁸⁹⁹. Néanmoins, l'on peut se fonder sur la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (ci-après CDHB) dont l'article 14 interdit les manipulations génétiques positives et différencie les interventions à visée thérapeutique des interventions à visée eugénique, qui modifient le patrimoine de l'espèce humaine⁹⁰⁰. Une distinction pourrait être opérée, au sein de l'incrimination, entre l'eugénisme actif et passif d'une part, et entre ce qui relève d'une « action à visée thérapeutique » et d'une « action à visée eugénique »⁹⁰¹ d'autre part. En outre, l'eugénisme positif, qui favorise « la multiplication d'individus qualifiés de “supérieurs” »⁹⁰²,

⁸⁹⁷ Voir *supra*, n° 202.

⁸⁹⁸ B. GONCALVES, « Recherches sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », *Journal International de Bioéthique*, 2015/2, vol. 26, p. 165 s., spéc. p.177 s.

⁸⁹⁹ N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit*, op. cit., p. 201 s. L'auteur relève certaines disparités. Ainsi, aucune des Déclarations de l'UNESCO ne mentionne expressément ce terme. La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme du 11 novembre 1997 (DUGHH) reste très vague en affirmant que chaque individu a droit au respect de sa dignité et que « cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 mentionne simplement l'interdiction de l'eugénisme en son article 3. En revanche, selon l'auteur le rapport du CIB en date du 15 novembre 1995 se montre un peu plus précis puisque « l'eugénisme peut être pratiqué au sein d'une même population sur la base du réductionnisme génétique selon lequel certaines vies sont censées constituer un fardeau pour la collectivité, les intéressés et leurs familles, et ne valent pas la peine d'être vécues », CIB, 15 novembre 1995, Les Actes, 3^{ème} session, UNESCO, Paris, septembre 1995, p. 43 s.

⁹⁰⁰ Article 14 de la CDHB : « L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe », Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.

⁹⁰¹ N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit*, op. cit., p. 205.

⁹⁰² B. GONCALVES, « Recherches sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », art. préc., spéc. p. 178.

se distingue de l'eugénisme négatif, qui vise « à éliminer les caractères indésirables d'individus considérés comme inférieurs génétiquement⁹⁰³, notamment « en régulant la procréation humaine »⁹⁰⁴. Il peut donc être tiré profit de ces distinctions afin de compléter l'incrimination d'eugénisme.

336. Les précisions apportées à l'incrimination d'eugénisme – Il ressort des développements précédents que les incriminations relatives à l'eugénisme, contenues dans le Livre II et le Livre V du Code pénal et dont la *ratio legis* première est la protection de l'espèce humaine peuvent faire l'objet d'une nouvelle codification, ainsi que de définitions plus précises.

L'article 214-1 du Code pénal réprimant cette pratique pourrait être complété en s'inspirant des définitions proposées par certains auteurs, ainsi que de l'article 16-4 du Code civil. Il pourrait être rédigé ainsi⁹⁰⁵ :

« Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, sont punis de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende :

Le fait de mettre en œuvre une pratique contribuant à l'amélioration du génome humain, en favorisant la multiplication d'individus jugés génétiquement supérieurs, aux fins de modifier leur descendance. »

Le fait de mettre en œuvre une pratique régulant la procréation humaine dans le but d'éliminer les caractères dysgéniques d'individus jugés génétiquement supérieurs, aux fins de modifier leur descendance. »

Par ailleurs, le délit de propagande ou de publicité en faveur de l'eugénisme sera supprimé car tout comportement visant à favoriser la commission de l'infraction peut en réalité répondre aux conditions de la complicité et pourrait donc être sanctionné sur le fondement de complicité d'eugénisme. Cette proposition n'est certes pas exempte de critiques, notamment car le terme de « pratique » reste extensif et les faits justificatifs peuvent potentiellement permettre de contourner cette interdiction. Néanmoins, elle repose sur une incrimination unique, qui comporte davantage de précisions quant aux actes répréhensibles. Toutefois, même au regard de l'assise de cette incrimination et de la gravité du comportement, certaines pratiques

⁹⁰³ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 376.

⁹⁰⁴ M. BENILLOUCHE, « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *LPA* 18 février 2005 n° 35, p. 82 s., spéc. p. 84. Voir également N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit, op. cit.*, p. 197.

⁹⁰⁵ Voir Annexe p. 623.

communément admises et autorisées par la loi restent justifiées. Au regard de la dimension éthique de cette infraction, les enjeux de ces causes de justification sont considérables et controversés.

337. Les enjeux éthiques des diagnostics prénataux et préimplantatoires – Décrit pour la sélection des embryons qui en résulte, le diagnostic prénatal se définit comme les « pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité »⁹⁰⁶. Si le diagnostic est positif et que la maladie est reconnue comme grave et incurable, le couple a la possibilité de recourir à un avortement thérapeutique. De même, le diagnostic préimplantatoire consiste à « trier les zygotes conçus *in vitro* pour n'implanter dans le corps de la femme que ceux qui ne sont pas dysgéniques »⁹⁰⁷. Il « ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter »⁹⁰⁸. Ce diagnostic est destiné à repérer une anomalie génétique ou chromosomique chez l'embryon dans le cadre cette fois d'une fécondation *in vitro*, de façon à pouvoir implanter chez la mère un embryon exempt de maladie génétique.

Plus encore, il est possible de concevoir *in vitro* un enfant, appelé « bébé-médicament », dans le but d'en soigner un autre. Par exemple, si le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie entraînant la mort dès les premières années de la vie, et reconnue comme incurable au moment du diagnostic, la possibilité d'effectuer un diagnostic préimplantatoire leur est offerte. Parmi les embryons conçus *in vitro* et indemnes de la maladie, un embryon compatible avec l'enfant malade sera sélectionné et le sang du cordon ombilical sera prélevé à

⁹⁰⁶ Article L. 2131-1 alinéa 1^{er} du CSP.

⁹⁰⁷ N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit*, op. cit., p. 172.

⁹⁰⁸ L'article L. 2131-4-1 alinéa 1^{er} du CSP dispose que par dérogation à ce principe et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7, le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé ». L'article L. 2131-4 alinéa 8 ajoute qu'« en cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ». Il est à noter qu'une proposition de loi vise à élargir les indications du diagnostic préimplantatoire afin d'analyser le statut chromosomique de l'embryon avant l'implantation dans l'utérus et de dépister un risque d'une particulière gravité du développement embryonnaire. Cette pratique n'est autorisée, pour le moment, que sur le fœtus. Voir Assemblée nationale, Proposition de loi n° 4227 du 16 novembre 2016 visant à élargir le recours au diagnostic préimplantatoire.

sa naissance afin de soigner son aîné atteint de la maladie⁹⁰⁹. Ici réside donc la « possibilité de faire naître un enfant utile au traitement d'un enfant déjà né, conformément aux vœux du Comité national d'éthique selon lequel “permettre qu'un enfant désiré représente de plus un espoir de guérison pour son aîné est un objectif acceptable s'il est second” »⁹¹⁰.

Séduisantes sur le plan scientifique, ces recherches soulèvent des problèmes éthiques car certains y voient une sélection des individus. En effet, la notion de gravité de l'affection est relative, d'autant que les progrès scientifiques permettent désormais de détecter des maladies qui ne se seraient parfois manifestées qu'après plusieurs années de vie, voire jamais manifestées. De plus, ces examens révèlent parfois des risques de développement de maladies génétiques mais le risque est-il suffisant pour justifier l'interruption de la grossesse ? L'objectif de ces diagnostics est d'éviter à l'enfant les souffrances liées à un handicap incompatible avec une vie normale. Cette notion pose question quant à sa définition de ces concepts car qu'est-ce que la normalité sinon une notion subjective ? Cela interroge également sur le pouvoir de décision de la société sur la vie des personnes à venir et notamment sur les détenteurs de ces prérogatives décisionnelles. Dans quelle mesure peut-on apprécier le bien-être d'un autre que soi ? L'avis du Comité d'éthique du 15 octobre 2015 fournit des indices de réponse puisque le Comité souligne, à propos du diagnostic prénatal et du diagnostic préimplantatoire, que le dépistage des maladies « rend l'acceptation du handicap presque impossible », et que de manière générale l'on considère qu'il « ne paraît pas raisonnable de garder un enfant en gestation dont on sait par avance qu'il sera gravement malade tout au long de sa vie »⁹¹¹.

Parallèlement, à l'appui du diagnostic préimplantatoire se trouve l'argument selon lequel le faible nombre d'embryons faisant l'objet d'une destruction ne saurait modifier le patrimoine génétique de l'humanité et, surtout, à ce stade de son développement l'embryon est un amas de cellules indifférenciées. Soit il sera implanté et individualisé, soit il deviendra un

⁹⁰⁹ L'article L. 2141-4-1 du CSP ajoute que le pronostic vital de cet enfant doit néanmoins pouvoir être amélioré de façon décisive, par l'application d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps humain de l'enfant né du transfert de l'embryon *in utero*, dans le respect de l'article 16-3 du Code civil. Cet article impose également que le diagnostic ait pour seul objet la recherche de la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique envisagée d'autre part.

⁹¹⁰ C. PUIGELIER, « Depuis Louis XIV. A propos du statut juridique de l'embryon et du fœtus », in *Mélanges offerts à Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, *op. cit.*, p. 923 s., spéc. p. 928. Voir également H. GAUMONT-PRAT, « La révision des lois de bioéthique et la recherche sur les cellules souches embryonnaires », *Revue Lamy Droit Civil* 2005, p. 27 s.

⁹¹¹ CCNE, Avis n° 107 du 15 octobre 2015 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI), spéc. p. 13. Pour aller plus loin, voir notamment B. GONCALVES, « Recherches sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », art. préc.

objet de recherches ou sera détruit. La justification de cette pratique repose donc sur sa finalité car il ne s'agit pas d'éliminer un individu, bien qu'il s'agisse de la suppression d'une vie qui ne correspondrait pas aux critères sociaux dits de la normalité⁹¹². Une fois de plus, l'intérêt individuel prime sur l'intérêt collectif, quitte à porter atteinte à la vie en tant que valeur sociale protégée, et ceci implique que la qualification d'eugénisme ne s'appliquera pas dans ces hypothèses. L'incrimination d'eugénisme ayant pu faire l'objet d'une amélioration notamment quant à son accessibilité, il reste à déterminer si une démarche similaire se révélera fructueuse concernant l'infraction de clonage qui fait montre de difficultés similaires.

2) *Le regroupement des incriminations de clonage*

338. La matérialité constitutive de l'infraction de clonage – Il peut être également porté atteinte à l'espèce humaine tout d'abord au travers du clonage reproductif actif⁹¹³, qui se définit comme « le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée »⁹¹⁴. Il s'agit donc d'une infraction de commission dont la définition est elle aussi imprécise. P. MISTRETTA ne manque pas de relever que le texte d'incrimination fait référence à la création d'un être strictement identique à un autre et que, de ce fait, une infime modification du patrimoine génétique lors de l'opération de clonage serait insuffisante pour constituer l'infraction⁹¹⁵.

Ensuite, la répression des atteintes à l'espèce humaine a été renforcée par l'interdiction du clonage passif, soit le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes dans le but d'effectuer un clonage reproductif⁹¹⁶. Il est vrai que, comme le démontre P. MISTRETTA, cette incrimination présente peu d'utilité au regard du conflit de qualifications qui surgit dans le cas où le médecin apporte ses propres gènes, puisqu'il serait auteur à la fois d'un clonage

⁹¹² N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit*, op. cit., p. 197.

⁹¹³ Cette pratique est également condamnée, sur le plan international, par l'OMS (Résolution sur le clonage dans la reproduction humaine) et par l'article 10 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme du 11 novembre 1997 (ci-après DUGHDH). Pour davantage de détails, voir *ibidem*.

⁹¹⁴ Article 214-2 du Code pénal. Voir également l'article 16-4 al. 3 du Code civil. Pour davantage de précisions sur cette technique, voir notamment *ibidem* ; G. RAOUL-CORMEIL, « Clonage reproductif et filiation : la chaîne des interdits » *JCP G* 2008, n° 13, doct. 128.

⁹¹⁵ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 378 s. Par ailleurs, l'auteur relève qu'il est fait référence à une intervention médicale puisqu'elle seule permet la réalisation d'une telle intervention et, selon l'auteur, « l'indifférence à la nature de l'intervention incriminée rend ainsi possible la répression d'actes dont les auteurs ne seraient pas ou plus médecins ». Cela ne peut être considéré comme un inconvénient puisqu'effectivement la condamnation d'anciens médecins est envisageable.

⁹¹⁶ Article 511-1 du Code pénal.

actif et d'un clonage passif⁹¹⁷. Surtout, l'auteur démontre que le fait de se prêter à un tel prélèvement répond ni plus ni moins à la qualification de complicité par aide ou assistance⁹¹⁸, tout comme la provocation au clonage passif⁹¹⁹. Si toutefois une nouvelle incrimination permet, à l'instar de l'eugénisme, de réprimer sur le fondement de la complicité tout comportement visant à favoriser l'infraction, le complice se verrait appliquer les mêmes peines que l'auteur principal. Il encourrait ainsi une peine de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende⁹²⁰ au lieu de la peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende⁹²¹ actuellement encourue dans certains cas.

Enfin, toujours au titre du clonage, la création d'embryons par clonage à des fins thérapeutiques⁹²², industrielles ou commerciales⁹²³ ainsi qu'aux fins de recherche⁹²⁴ est prohibée. Cependant, ce qui devrait être une initiative salutaire de la part du législateur laisse perplexe. Il s'agit de techniques dont la finalité diffère car le clonage à des fins industrielles ou commerciales vise par exemple à faire du profit et non de la recherche, mais les incriminations ont en commun l'objectif de protection de l'espèce humaine. Ces incriminations sont codifiées dans le Livre V et peuvent donc être rassemblées dans le Livre II du Code pénal, d'autant que le procédé est identique à celui du clonage reproductif. Il s'agit en effet pour l'embryon de posséder « dans le noyau de ses cellules un ensemble de gènes identiques à celui de l'organisme à partir duquel le clonage est réalisé »⁹²⁵. La prohibition du clonage thérapeutique connaît toutefois une exception à l'article L. 2151-5 3° du Code de la santé publique, qui soumet l'autorisation des recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires au fait

⁹¹⁷ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 380. Néanmoins, l'auteur reconnaît que le conflit se résoudrait par le choix de la plus haute qualification pénale donc l'incrimination reste utile pour toutes les hypothèses dans lesquelles l'auteur du clonage passif n'est pas un médecin.

⁹¹⁸ *Ibidem.*

⁹¹⁹ Article 511-1-2 du Code pénal.

⁹²⁰ Article 511-1 du Code pénal (clonage reproductif passif).

⁹²¹ Article 511-1-2 du Code pénal (provocation au clonage reproductif passif).

⁹²² Article 511-18-1 du Code pénal.

⁹²³ Article 511-17 du Code pénal.

⁹²⁴ Article 511-18 du Code pénal. Voir également l'article 18 de la CDHB. Contrairement au clonage reproductif qui consiste à reproduire un être humain en entier, le clonage à des fins de recherche, ou clonage thérapeutique, consiste à produire des cellules souches embryonnaires. En effet, à l'heure actuelle les cellules souches embryonnaires sont privilégiées du fait de leur totipotence, qui se définit comme la capacité à reproduire n'importe quel organe ou tissu de l'organisme et, par conséquent, permettre la création d'un organisme entier. Après différenciation, celles-ci pourront être utilisées dans le cadre de greffes ou, par exemple, de traitement des maladies neurodégénératives. Il est à noter que si la constitution d'embryons par clonage est prohibée, le législateur permet la conception d'embryons *in vitro* dans le cadre de la procréation médicalement assistée, et rien n'empêche les praticiens de produire plus d'embryons que nécessaire aux fins de recherche, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 370.

⁹²⁵ *Ibidem.*

qu'« en l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ». Il faut reconnaître que nombre d'avancées médicales sont dues à des études menées sur les cellules souches adultes et le sang de cordon, et qu'il est donc tout à fait envisageable d'utiliser des alternatives existantes⁹²⁶. Enfin, les modifications apportées à ces incriminations se répercuteront sur les sanctions encourues car elles aussi présentent des incohérences, que l'on espère résorbables grâce à cette nouvelle appréhension de l'incrimination.

339. Les sanctions de l'infraction de clonage – Au regard des peines encourues actuellement seuls l'eugénisme et le clonage reproductif actif sont érigés au rang de crime, et force est d'en déduire que les autres formes de clonage revêtent une gravité moindre aux yeux du législateur⁹²⁷. Doit-on y voir une prise en compte des mobiles ou, plus largement, une prise en compte de la finalité, justifiant la disparité des sanctions ? La faiblesse des sanctions du clonage passif, puni de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende est à déplorer au regard de la gravité de l'acte. Il en va de même pour le clonage industriel, thérapeutique ou encore à des fins de recherche, procédés qui ne sont sanctionnés que de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

La référence au critère de la finalité de l'incrimination semble peu opportune si l'on s'en tient à une logique répressive. L'exemple de la sanction du clonage à des fins de recherche est éloquent car cette pratique est sanctionnée d'une peine relativement faible de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. Il serait donc beaucoup plus favorable à l'auteur que cette qualification soit préférée à celle de clonage reproductif actif, d'autant qu'il paraît difficile d'établir la preuve de la finalité poursuivie. De surcroît, il serait plus cohérent d'incriminer des mêmes peines toutes les infractions de clonage reproductif car la technique est identique et seule la finalité diffère. Parallèlement, il faudra admettre un fait justificatif fondé

⁹²⁶ À titre d'exemple, l'équipe du Professeur J.-M. Lemaître a découvert en 2011 un procédé permettant de reprogrammer des cellules sénescents, de sorte qu'elles comportent les mêmes caractéristiques que des cellules souches embryonnaires, voir <http://www.genethique.org/fr/content/alternative-%C3%A0-la-recherche-sur-les-cellules-souches-embryonnaires#.WTZaduvjX4> (dernière consultation le 15 septembre 2017). De même, le prix Nobel 2012 a été décerné à deux scientifiques respectivement britannique et japonais, pour leur découverte en 2008 sur la reprogrammation des cellules souches adultes. Celles-ci peuvent désormais présenter les mêmes propriétés que les cellules souches embryonnaires et notamment leur caractère pluripotent.

⁹²⁷ En ce sens, voir par exemple M. BENILLOUCHE, « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », art. préc. ; P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », art. préc.

sur une autorisation de la loi lorsque l'action tend à une finalité thérapeutique⁹²⁸. En d'autres termes, la répression sera fondée sur la similarité des éléments constitutifs d'une part, et sur la finalité que constitue la protection de l'espèce humaine d'autre part, valeur sociale commune à toutes ces incriminations. Une incrimination unique classée dans les crimes commis à l'encontre de l'espèce humaine pourrait donc être préférée.

340. Proposition d'une incrimination unique – Au regard des similarités existantes entre leurs éléments constitutifs et la valeur sociale que ces dispositions pénales protègent, ces différents comportements peuvent être inclus dans l'article 214-2 du Code pénal qui réprime le clonage reproductif actif⁹²⁹.

Celui-ci dispose que « *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 euros d'amende.* ».

Par ailleurs, le clonage passif de ces incriminations n'était pas sanctionné ce qui serait désormais le cas⁹³⁰. Le procédé est en effet identique dans toutes ces hypothèses et la protection de l'espèce humaine constitue un objectif commun, donc tous ces textes seraient absorbés par l'actuel article 214-2 du Code pénal. Cette incrimination n'est pas, elle non plus, exempte de critiques. L'on reconnaît aisément que « le fait de » ne vise pas de comportement précis, tout comme le terme d'« intervention ». Néanmoins, ces infractions ne peuvent être commises que dans le cadre médical et celui-ci est particulièrement vaste et étranger au droit pénal. Si cette formulation permet d'inclure divers comportements, ces infractions nécessitent quelques tempéraments car « l'intérêt médical du futur être l'emporte alors sur celui de l'espèce »⁹³¹. Des faits justificatifs viendront donc apporter quelques entorses à ces principes et il sera nécessaire de les cantonner à des comportements identifiés dans la mesure du possible.

Au regard de ces développements, il apparaît que les dispositions pénales visant à réprimer les atteintes commises contre l'espèce humaine peuvent être complétées et rassemblées. En effet, il a été observé que l'infraction d'eugénisme pouvait recevoir quelques précisions issues de la loi et de la doctrine. Ensuite, le clonage passif⁹³² et la provocation au

⁹²⁸ En ce sens, voir notamment P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 376.

⁹²⁹ Voir Annexe p. 623.

⁹³⁰ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 379.

⁹³¹ N. BELRHOMARI, *Génome humain, espèce humaine et droit*, op. cit., p. 205.

⁹³² Article 511-1 du Code pénal.

clonage passif⁹³³ peuvent être réprimés sous la qualification de clonage reproductif actif. De même, le clonage d'embryon à des fins industrielles, commerciales ou de recherche⁹³⁴ peut recevoir cette qualification. Ainsi, un regroupement de ces comportements sous l'incrimination actuelle de clonage reproductif actif est proposé. Cette nouvelle organisation se double d'un rassemblement des éléments constitutifs communs aux différentes incriminations, permettant d'obtenir un droit pénal plus lisible et plus efficient. Une démarche similaire sera donc mise en œuvre concernant les infractions relatives à la personne humaine, cette fois prise en compte dans sa dimension individuelle.

B. Les incriminations relatives à la personne humaine

341. Les incriminations spéciales – La tentative du législateur de construire un droit pénal de la bioéthique s'est révélée peu satisfaisante, tant sur le plan formel que substantiel. Les nombreux renvois au Code de la santé publique qui rendent ces dispositions illisibles, comme les similarités existantes entre certaines incriminations, ont remis en cause l'utilité de cette branche du droit. En outre, certaines atteintes à la santé de l'individu telles que les infractions réalisées par une contamination reçoivent une réponse pénale inadaptée, car les éléments constitutifs des infractions en vigueur correspondent difficilement à ce type de délinquance. Il faut alors tenter d'exploiter les incriminations en vigueur au travers, ici aussi, de leurs éléments constitutifs ainsi qu'au travers des biens juridiques protégés qu'elles contiennent. Ces derniers, du fait de la politique criminelle qui transparait dans leur sélection par le législateur, font naître certaines controverses.

Le droit pénal de la personne sera ici étudié au travers des atteintes à l'intégrité physique et à la liberté corporelle de la personne (1), puis au travers des délits de contamination (2).

⁹³³ Article 511-1-2 du Code pénal.

⁹³⁴ Article 511-17 alinéa 2 du Code pénal.

1) *Les atteintes à la liberté corporelle et à l'intégrité physique*

342. L'absence de consentement, élément matériel des infractions de prélèvement d'organes, tissus ou cellules – Les prélèvements sans le consentement de la personne sont réprimés au sein du Livre V du Code pénal. L'article 511-3 du Code pénal punit le prélèvement d'organes sur une personne vivante majeure, ainsi que le prélèvement d'organes, tissus, cellules ou la collecte d'un produit en vue de don sur une personne vivante mineure, ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. L'article 511-5 du Code pénal réprime le prélèvement de tissus, cellules ou la collecte d'un produit sans le consentement de la personne, ainsi que le prélèvement de cellules hématopoïétiques sur une personne vivante mineure ou une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Enfin, l'article 511-6 de ce Code prohibe le fait de recueillir ou prélever des gamètes sur une personne sans avoir obtenu son consentement écrit. Indéniablement, le consentement « nourrit la matérialité »⁹³⁵ de ces infractions et révèle la volonté du législateur de le protéger au travers d'une incrimination spécifique. En effet, la matérialité constitutive ne réside pas uniquement dans le prélèvement lui-même mais dans le prélèvement *non consenti*. En d'autres termes, le consentement n'est pas un fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité physique, qui serait alors fondée sur une autorisation de la loi, mais il est l'objet de cette atteinte. Il fait donc partie des éléments constitutifs de ces infractions, couplé avec l'atteinte à l'intégrité physique.

Autrement dit, l'intégrité physique est une des valeurs sociales communes à ces textes mais également aux infractions du Livre II réprimant les atteintes à l'intégrité physique. En outre, les éléments constitutifs décrits par les textes spéciaux sont similaires à ceux contenus dans les textes généraux. Aussi est-il également envisageable de réprimer ces comportements au travers du droit pénal commun des atteintes à l'intégrité physique de la personne.

343. L'intégrité physique de la personne, élément matériel des infractions de prélèvement sans consentement – Il a été démontré que le caractère peu accessible du droit pénal de la bioéthique nuisait à la clarté de la loi. Or, puisque l'intégrité physique est la *ratio legis* de ces incriminations⁹³⁶ au même titre que le consentement, ces dernières comportent des

⁹³⁵ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 363.

⁹³⁶ Articles 511-3 (prélèvement d'organes sans consentement), 511-5 (prélèvement de tissus, cellules ou produits du corps humain sans consentement) et 511-6 (prélèvement de gamètes sans consentement) du Code pénal.

éléments constitutifs similaires aux incriminations codifiées dans le Livre II⁹³⁷. En conséquence, les prélèvements sans le consentement peuvent être réprimés à ce titre ce qui entraînerait la désuétude de ces textes spécifiques. Les atteintes volontaires à l'intégrité physique font partie des infractions matérielles consommées par une lésion corporelle. Or, le prélèvement d'éléments du corps humain sans le consentement nécessite lui aussi résultat matériel pour être consommé, qui se traduit également par une lésion corporelle effective portée au corps humain.

La qualification de ces infractions repose alors sur les éléments matériels relatifs aux atteintes volontaires à l'intégrité physique, précédemment étudiés au titre du résultat matériel des lésions corporelles⁹³⁸. Le prélèvement d'organes, tissus ou cellules peut être constitutif de plusieurs infractions, dont la qualification dépendra des souffrances endurées par la victime. Si celle-ci n'est pas sous anesthésie lors de l'intervention, le comportement répondra inévitablement à la qualification de tortures et actes de barbarie⁹³⁹ car l'opération aura causé des souffrances aiguës à la victime. Plus particulièrement, au vu du résultat de l'infraction dont le corps est l'objet, le comportement répondra à l'article 222-5 du Code pénal puisque les tortures et actes de barbarie auront entraîné une mutilation⁹⁴⁰, voire une infirmité permanente dans certains cas. Dans cette hypothèse, la sanction encourue s'élève à trente ans de réclusion criminelle. À l'inverse, si la victime n'a pas subi de souffrances durant l'intervention, la qualification qui s'impose est celle de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente⁹⁴¹. La sanction encourue est alors moindre puisque l'auteur encourt dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. Enfin, si le prélèvement a entraîné la mort, l'infraction de violences mortelles sera constituée⁹⁴². De façon générale, les peines encourues seront plus élevées que celles édictées par les textes spéciaux et seront uniformisées.

Le regroupement de ces incriminations ne paraît pas rencontrer d'obstacles dirimants mais il faut toutefois analyser la fonction qui serait occupée, dans cette nouvelle configuration, par le consentement. En effet, si les infractions de prélèvement sans consentement sont

⁹³⁷ Articles 222-7 et suivants du Code pénal relatifs aux atteintes volontaires à l'intégrité physique de la personne et articles 222-1 et suivants du Code pénal relatifs aux tortures et actes de barbarie. Voir Annexe p. 624.

⁹³⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 1.

⁹³⁹ Article 222-1 du Code pénal.

⁹⁴⁰ M.-L. RASSAT définit d'ailleurs la mutilation comme « la perte d'un organe », M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1999, n° 50, citée par F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁴¹ Article 222-9 du Code pénal.

⁹⁴² Article 222-7 du Code pénal.

regroupées sous les atteintes à l'intégrité physique de la personne, il ne sera plus un élément constitutif de l'infraction mais contribuera à la justification de celle-ci puisque les prélèvements sont autorisés sous certaines conditions. Par conséquent, deux propositions sont envisageables.

344. L'absence de consentement, élément constitutif de l'infraction – S'il est choisi de conserver la politique criminelle actuelle et de faire primer le consentement, puisque l'atteinte à l'intégrité physique est une valeur sociale protégée par le Livre II, il est envisageable d'opérer un simple déplacement dans ce Livre des articles 511-3 et 511-5, et 511-6 du Code pénal relatifs au prélèvement sans le consentement⁹⁴³. Toutefois, les développements précédents ont montré que l'effectivité du droit pénal de la bioéthique est parfois moindre, en témoigne notamment le fait qu'aucune jurisprudence n'ait été rendue sur le fondement de ces textes spéciaux. Au surplus, les conflits de qualifications avec les atteintes à l'intégrité physique précédemment relevés surgiraient de nouveau. En effet, il a été démontré que le prélèvement d'organes sans consentement par exemple, est une qualification pouvant entrer en concours avec celle de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Or, soit la règle commandant de préférer une qualification spéciale sera appliquée, ce qui aboutira à une sanction plus faible que celle du droit pénal commun, soit, pour pallier cet inconvénient, la qualification la plus haute sera préférée. Ces quelques éléments mènent alors à envisager d'inclure ces infractions au sein du droit pénal commun de sorte à éviter ces difficultés.

345. Le consentement dans la justification de l'infraction – Si les prélèvements sans consentement se voient réprimés sous les qualifications de violences ou encore de tortures et actes de barbarie, dans cette configuration l'atteinte au consentement n'est plus un élément constitutif de l'infraction. En effet, puisque les atteintes corporelles sont par principe illicites, dès lors qu'il est recueilli dans les conditions légales du Code de la santé publique le consentement aurait une fonction justificative. Il est à noter que les infractions de prélèvement sans consentement relèvent des impossibilités absolues d'attenter au corps humain⁹⁴⁴ et ne peuvent donc être justifiées à aucun motif. D'ailleurs, aucune disposition légale n'a vocation, comme l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil, à permettre de passer outre ce refus à la faveur d'une valeur sociale jugée supérieure. Enfin, l'incohérence ou la faiblesse des sanctions contenues dans ces incriminations a été soulevée, et la subsomption de ces dernières dans le

⁹⁴³ Voit Annexe p. 622.

⁹⁴⁴ Voir *supra* n° 326.

droit pénal commun permettrait une répression plus sévère. Ainsi, l'article 511-3 du Code pénal réprime le prélèvement d'organes sans consentement d'une peine de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, alors que les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende⁹⁴⁵. Dans cette perspective, la répression serait donc fondée sur une atteinte à l'intégrité physique et l'infraction comporterait un fait justificatif issu d'une autorisation de la loi⁹⁴⁶.

Il peut être reproché à ces propositions de ne plus faire cas de la volonté du législateur de réprimer spécifiquement les atteintes commises dans le cadre de l'éthique. Il est vrai que, comme le souligne F. ARCHER à propos de l'article 511-3 du Code pénal, sa valeur est « quasi symbolique. [...] Ce qui importe c'est de protéger la personne qui subit le prélèvement »⁹⁴⁷. Or, il ne s'agit pas ici de faire abstraction de la symbolique de ces incriminations mais de simplifier leur régime afin de les rendre plus accessibles. La symbolique peut alors être mise en retrait.

Ces arguments conduisent donc à préférer les qualifications relevant des atteintes à l'intégrité physique, en acceptant que le consentement au prélèvement, couplé à une autorisation de la loi, soit une part de la justification de l'infraction. Ces comportements délictueux seraient donc punis au titre des atteintes volontaires à l'intégrité physique de la personne et les articles 511-3, 511-5 et 511-6 du Code pénal seraient abrogés⁹⁴⁸. Ce regroupement a pu être envisagé car le consentement pouvait être rapproché des violences, par principe non consentie. Cependant certaines incriminations mettent davantage en lumière la liberté corporelle, ce qui interroge quant à leur valeur sociale première.

346. Les incertitudes autour de la *ratio legis* intégrité physique et liberté corporelle – Parmi les valeurs sociales véhiculées par le corps, certaines incriminations comme l'interruption médicale de grossesse ou l'expérimentation sur la personne interrogent quant à la valeur sociale qui doit être reflétée par le Code pénal. Certains auteurs classent ces

⁹⁴⁵ Article 222-9 du Code pénal.

⁹⁴⁶ En ce sens, voir par exemple F. ARCHER, qui considère que « les lois dites de “bioéthique” du 29 juillet 1994 ont, entre autres, réglementé le don et le prélèvement d'organes et ont donc, par là même, permis la réalisation de mutilations sur des personnes vivantes dans le respect d'un certain nombre de conditions et notamment l'existence d'un intérêt thérapeutique direct pour le receveur et du consentement de celui s'appêtant à subir ce prélèvement », F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., p. 112.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 114.

⁹⁴⁸ Voir Annexe p. 624.

incriminations dans les atteintes à la liberté de la personne et plus précisément dans les atteintes à la liberté de disposer de son corps. V. MALABAT explique par exemple que « la liberté physique [...] implique également que l'on puisse s'opposer à des actes qui seraient passés sur notre corps sans notre consentement. Il en est ainsi notamment de l'interruption illégale de grossesse et de l'expérimentation sur la personne humaine »⁹⁴⁹. Plus encore, au sujet des expérimentations sur la personne, P. MISTRETTA déplore que « le positionnement formel du texte d'incrimination ne fasse pas plus directement ressortir le fait qu'est protégée la liberté corporelle de celui qui se prête à la recherche. C'est pourquoi il serait plus logique et légitime que l'infraction de l'article 223-8 du Code pénal figure au sein du Titre II et du Chapitre IV du Code pénal consacré aux atteintes à la liberté de la personne »⁹⁵⁰. S'il n'est pas mis en doute que ces incriminations répriment les atteintes à la liberté corporelle en ajoutant, au critère de la valeur sociale protégée, celui de leurs éléments constitutifs, certaines incertitudes sont toutefois permises quant à la classification actuelle de ces infractions dans le Code pénal, à commencer par l'expérimentation illégale sur la personne⁹⁵¹.

347. Les éléments constitutifs de l'expérimentation illégale sur la personne – Les valeurs sociales ne peuvent constituer l'unique critère de classement des incriminations, notamment car elles sont fluctuantes et que le corps véhicule plusieurs d'entre elles. Elles constituent néanmoins un guide, qu'il faut compléter par l'étude des éléments constitutifs des infractions. Or, l'expérimentation sur la personne tout comme l'interruption illégale de grossesse sont constituées par des lésions corporelles intentionnelles, et reflètent donc des éléments constitutifs similaires à la matérialité des violences. Elles pourraient donc se voir qualifiées comme telles, y compris de tortures et actes de barbarie. Le but expérimental⁹⁵² ou d'interruption de grossesse constitue un mobile, qui n'a donc aucune influence sur la qualification de l'infraction.

⁹⁴⁹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 222 s.

⁹⁵⁰ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit.. Toutefois l'auteur ne remet pas en cause le fait qu'« il s'agit bien d'atteintes au corps humain, car de telles recherches s'effectuent par une intervention plus ou moins directe sur l'enveloppe corporelle ou psychique du patient volontaire ».

⁹⁵¹ L'expérimentation illégale sur la personne peut se définir comme le fait de mettre en œuvre un protocole expérimental dans le but, par exemple, d'accroître les connaissances scientifiques, sans respecter les dispositions légales.

⁹⁵² J. CARBONNIER qualifie par ailleurs l'expérimentation médicale de « contrat de cobaye », voir J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, op. cit., p. 385.

Cependant, des interrogations identiques à celles soulevées pour les infractions de prélèvement apparaissent concernant le consentement et, plus particulièrement, s'agissant de sa fonction d'élément constitutif ou de fait justificatif. L'article 223-8 du Code pénal réprime, outre la recherche effectuée sans consentement, le fait de la pratiquer alors que le consentement a été retiré. L'expérimentation sur la personne humaine est en effet légale car le consentement n'est pas un fait justificatif de la recherche biomédicale non consentie mais entre dans les éléments constitutifs. L'on rejoint P.-J. DELAGE sur le fait que « prétendre le contraire serait procéder à un incorrect renversement des perspectives, et ferait de la recherche biomédicale une pratique ordinairement illégale, sauf à la voir se réaliser sous couvert de l'obtention de l'adhésion de l'intéressé »⁹⁵³. Dès lors, il s'agit une fois de plus d'un choix de politique criminelle que de renverser ou non cette perspective.

348. La répression des expérimentations illégales au titre des atteintes à l'intégrité physique – Au regard de ces éléments, deux possibilités se profilent. Soit l'absence de consentement conserve sa qualité d'élément constitutif et, dans cette hypothèse, il peut être imaginé que l'article 223-8 du Code pénal ne soit plus codifié dans un Chapitre relatif à la mise en danger de la personne. Le Chapitre IV du Code pénal relatif aux atteintes à la liberté corporelle pourrait s'enrichir d'une nouvelle Section intitulée « Des atteintes à la liberté corporelle de la personne », qui rassemblerait toutes les infractions dont l'absence de consentement à la lésion corporelle est un élément constitutif⁹⁵⁴.

À l'inverse, un tel comportement pourrait être qualifié de violences⁹⁵⁵, ce qui éviterait également des conflits de qualifications sauf s'il est commis dans le cadre d'une recherche biomédicale effectuée avec le consentement du patient, et dans le respect des dispositions légales du Code de la santé publique⁹⁵⁶. La perspective serait alors inversée en faisant du consentement une dérogation, puisque la recherche ne serait plus légale par principe mais illégale. De même que pour les prélèvements sans consentement cette deuxième proposition semble préférable au regard des éléments constitutifs de l'infraction d'une part, et des valeurs sociales protégées d'autre part. L'expérimentation médicale porte en effet atteinte à l'intégrité

⁹⁵³ P.-J. DELAGE, « Les recherches biomédicales non consenties devant la chambre criminelle de la Cour de cassation », art. préc., spéc. p. 215.

⁹⁵⁴ Voir Annexe p. 625.

⁹⁵⁵ *Contra*, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 238 s.

⁹⁵⁶ Articles L. 1121-1 s. du CSP. Pour une présentation détaillée de cette infraction et de ses éléments constitutifs, voir *ibidem*.

physique de la personne ainsi qu'à son consentement. Néanmoins, tout acte contraire à la loi étant illicite par principe, le consentement de la personne est également protégé par les atteintes à l'intégrité physique de la personne. Des interrogations identiques surgissent alors à l'étude de l'incrimination d'interruption illégale de grossesse dont la *ratio legis* semble, en revanche, davantage portée sur la liberté corporelle.

349. La répression de l'interruption illégale de grossesse au titre des atteintes à la liberté corporelle – Il a été démontré que la libre disposition du corps de la femme justifie la répression de l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée⁹⁵⁷, incriminée au titre de la mise en danger de la personne. À l'instar des incriminations précédentes, celle-ci réprime l'atteinte à l'intégrité physique ainsi que l'atteinte au consentement. L'article 223-10 du Code pénal sanctionne en effet l'atteinte à la liberté de mettre un terme à la grossesse⁹⁵⁸ mais il sanctionne également une atteinte non consentie à l'intégrité physique de la mère. Le législateur a choisi d'incriminer cet acte mais cela semble critiquable au regard de la victime de l'infraction. Soit la qualité de personne est pleinement reconnue à l'embryon⁹⁵⁹ et puisque celui-ci n'est pas simplement mis en danger mais subit une atteinte effective à sa vie, il conviendrait de sanctionner l'auteur au titre d'un homicide involontaire. Soit, il n'est pas fait cas de ce corps en formation et l'incrimination, qui réprimerait donc une atteinte à la mère, trouverait sa place dans les atteintes à l'intégrité physique puisqu'il s'agit « davantage de violence corporelle intentionnelle que de mise en danger »⁹⁶⁰.

Si l'article 223-10 du Code pénal devait être déplacé⁹⁶¹, les interrogations porteraient alors sur la volonté du législateur quant à la valeur sociale qu'il souhaite protéger. La reconnaissance de la liberté corporelle de la femme s'est révélée ardue et soulève encore de nombreux débats. À ce titre, P. MISTRETTA rappelle que « la reconnaissance et l'affirmation de cette liberté [qui] ont justifié l'essoufflement du droit pénal en matière de répression de l'avortement »⁹⁶². En conséquence, au regard des valeurs qui ont guidé le législateur à la fois dans la reconnaissance d'un droit à l'avortement et dans la protection expresse du consentement

⁹⁵⁷ Voir *supra* n° 279.

⁹⁵⁸ En ce sens, voir V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁵⁹ Le fœtus ne pourrait être pris en compte dans cette incrimination, car sanctionner un auteur sur le fondement d'une interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée, lorsque le délai légal pour procéder à une IVG est dépassé, impliquerait *a contrario* que la femme pouvait consentir à cette interruption de grossesse.

⁹⁶⁰ En ce sens, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 248.

⁹⁶¹ Voir Annexe p. 626.

⁹⁶² *Ibidem*.

de la femme, il semble justifié d'insérer cette incrimination au sein des atteintes à la liberté de la personne⁹⁶³. De surcroît et pour des motifs identiques, il semble nécessaire de conserver l'absence de consentement comme un élément constitutif de l'infraction, et non de présenter celui-ci comme une cause de justification lorsqu'il est couplé au respect des dispositions légales. L'élément matériel n'étant pas défini sur ce point, il semble que l'on puisse retenir toute hypothèse dans laquelle le consentement est vicié et tout moyen abortif ayant conduit à l'avortement⁹⁶⁴. L'insertion de cette incrimination dans les atteintes à la liberté de la personne permettrait en outre d'éviter un conflit de qualifications lorsque les manœuvres abortives ont également provoqué un dommage corporel⁹⁶⁵ car les qualifications pourront en effet se cumuler. Puisque l'acte aura généré une atteinte volontaire ou involontaire à l'intégrité physique, il pourra être réprimé à ce titre ainsi qu'au titre de l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée⁹⁶⁶.

Enfin, cette incrimination fait l'objet d'un doublon à l'article L. 2222-1 du Code de la santé publique, article qu'il conviendra de supprimer car il relève du droit pénal de sanctionner les troubles causés à l'ordre public. En outre, certaines incriminations contenues uniquement dans le Code de la santé publique nécessitent d'être rapatriées dans le Code pénal. La nouvelle Section IV protégeant les atteintes à la liberté d'interrompre une grossesse pourrait s'enrichir des délits d'entrave à l'interruption légale de grossesse actuellement codifiés aux articles L. 2222-2 et suivants du Code de la santé publique, de même que les articles L. 2223-2 et suivants du Code de la santé publique relatifs à l'entrave à l'interruption légale de grossesse⁹⁶⁷. Ces quelques développements ont permis de proposer un rassemblement ou un déplacement de certaines incriminations existantes, reposant sur un choix de politique criminelle relatif à la place symbolique de la liberté corporelle. Il convient désormais de s'interroger sur la qualification de certains comportements spécifiques et sur l'opportunité d'une incrimination autonome, notamment en matière d'atteintes sexuelles.

350. L'opportunité discutable d'une incrimination autonome de mutilations sexuelles – Certaines pratiques non incriminées soulèvent des interrogations, d'une part sur l'opportunité d'un texte spécial et, d'autre part, sur leur valeur sociale première. Outre les

⁹⁶³ En ce sens, voir *ibidem*.

⁹⁶⁴ En ce sens, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 250 s.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 253.

⁹⁶⁶ *Ibidem*.

⁹⁶⁷ Voir Annexe p. 627 et 628.

lésions corporelles dont ils sont à l'origine, certains actes liés à la religion ou à la culture entraînent également une atteinte à la liberté corporelle. De longue date, l'opprobre est par exemple jeté sur l'excision⁹⁶⁸ ou l'infibulation⁹⁶⁹, dont la répression au moyen d'une incrimination autonome relève d'un choix de politique criminelle. Il en résulte que « la confrontation de ces pratiques ainsi légitimées, aux droits de la personne humaine, aux droits de l'individu, relève du conflit de normes induit par le “différend culturel” »⁹⁷⁰. Si le bien-fondé de la répression de ces pratiques ne pose guère de difficultés, l'opportunité d'une incrimination autonome⁹⁷¹ interroge.

Aucun texte ne sanctionne spécifiquement les mutilations sexuelles, qui sont donc réprimées sous la qualification de tortures et actes de barbarie car « l'excision constitue [en effet] une mutilation du corps de la femme qui génère en elle-même des souffrances aiguës »⁹⁷². Deux écoles s'affrontent à ce propos car la Commission Nationale consultative des Droits de l'Homme a considéré qu'une incrimination spécifique n'était pas souhaitable et au surplus « juridiquement inutile »⁹⁷³. Parallèlement, certains auteurs œuvrent en faveur d'une incrimination spécifique. S. GRUNVALD, par exemple, met en avant le fait que « le texte spécial pourrait revêtir une utilité sociale pour conférer à la loi pénale toutes ses qualités expressives, en désignant expressément le comportement interdit »⁹⁷⁴. L'auteur insiste également sur le fait qu'un texte spécial aurait le mérite de contenir les différentes formes de mutilations sexuelles⁹⁷⁵. Cependant, il peut être opposé à ce raisonnement des arguments identiques à ceux précédemment évoqués concernant les prélèvements sans consentement. Ces incriminations

⁹⁶⁸ Ablation totale ou partielle du clitoris, avec ou sans excision des grandes lèvres, OMS Mutilations sexuelles féminines – Aide mémoire n° 241, février 2017 disponible sur <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

⁹⁶⁹ « Rétrécissement de l'orifice vaginal par la création d'une fermeture, réalisée en coupant et en repositionnant les lèvres inférieures, et parfois extérieures, avec ou sans ablation du clitoris », OMS Mutilations sexuelles féminines – Aide mémoire n° 241, février 2017, disponible sur <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

⁹⁷⁰ S. GRUNVALD, « La répression des mutilations sexuelles féminines : une mise à distance de principe de la diversité culturelle. Brèves remarques à propos de l'avis de la CNCDH du 28 novembre 2013 », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 79 s., spéc. p. 80.

⁹⁷¹ Le Code pénal sanctionnait auparavant la castration.

⁹⁷² P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 282 s. Voir également Cass. crim. 20 août 1983, arrêt préc. ; TA Lyon, 12 juin 1996 : « aucune nécessité thérapeutique ou tout autre motif sanitaire ne la justifie, et elle procède du seul usage rituel et culturel ». Le tribunal qualifie donc cette pratique de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la CESDH.

⁹⁷³ Commission Nationale consultative des Droits de l'Homme, Avis du 28 novembre 2013, § 30. Sur l'opportunité d'une législation spécifique, voir notamment S. GRUNVALD, « La répression des mutilations sexuelles féminines : une mise à distance de principe de la diversité culturelle. Brèves remarques à propos de l'avis de la CNCDH du 28 novembre 2013 », art. préc., spéc. p. 82.

⁹⁷⁴ *Ibidem*.

⁹⁷⁵ *Ibidem*.

contiendraient des éléments constitutifs similaires aux atteintes à l'intégrité physique, entraînant des conflits de qualifications, de probables incohérences dans les sanctions et une nouvelle prolifération d'incriminations, phénomène que cette étude tend à réduire. Au surplus, il semblerait que l'atteinte à l'intégrité physique puisse justifier la qualification de violences ou de tortures et actes de barbarie.

Il ressort de ces développements que les infractions de prélèvement sans consentement et d'expérimentation médicale sur la personne sans consentement peuvent être qualifiées de violences ou de tortures et actes de barbarie. De même, les mutilations sexuelles semblent pouvoir être qualifiées de tortures et actes de barbarie. Ces comportements pourraient alors être réprimés sous ces qualifications et les incriminations spéciales supprimées. À l'inverse, si le choix est effectué de faire primer l'absence de consentement comme élément constitutif et donc de conserver ces incriminations, la création d'une Section relative aux atteintes à la liberté corporelle de la personne est proposée. Cette Section contiendrait par ailleurs l'article 223-10 du Code pénal relatif à l'interruption volontaire de grossesse. Ces développements concernaient des incriminations en vigueur. Or, il faut désormais s'attacher à traiter les difficultés précédemment énoncées relatives à l'inadaptation du droit pénal face aux infractions d'empoisonnement et d'administration de substances nuisibles, lorsque celles-ci sont commises à l'aide d'éléments et produits du corps humain⁹⁷⁶.

2) *Les délits de contamination*

351. L'imprudence consciente – Les difficultés qui émergent de ces hypothèses tiennent essentiellement à l'élément moral lorsque l'auteur n'a pas l'intention d'attenter à la vie d'autrui. L'auteur d'une contamination par voie sexuelle se trouve en réalité à mi-chemin entre l'intention et l'imprudence consciente⁹⁷⁷ car il compte sur la chance pour ne pas que le résultat survienne. En effet, si l'auteur a connaissance du caractère mortifère mais décide de prendre le risque pour sauver son patient il ne s'agit pas, ici non plus, d'une intention d'attenter à la vie mais davantage d'une imprudence consciente. Pour autant, aucun de ces deux comportements ne saurait être justifié sur ce motif. S'appuyant sur la jurisprudence en matière de contamination

⁹⁷⁶ Voir *supra* n° 217 s.

⁹⁷⁷ R. OLLARD, « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle : analyse de droit comparé », art. préc., spéc. p. 43.

par le SIDA, R. OLLARD distingue deux hypothèses. Les juridictions relèvent les éléments permettant de démontrer la connaissance par l'auteur de sa contamination. R. OLLARD en déduit que dès lors que l'auteur a une quasi-certitude de sa maladie il ne saurait invoquer le simple risque délibéré⁹⁷⁸. Dans ce cas l'intention peut être caractérisée. En revanche, celui qui n'a eu que des relations sexuelles esseulées avec un partenaire occasionnel ne montre pas de réelle intention de contaminer son partenaire mais cela n'empêche pas d'envisager une répression.

De même, la contamination dans le cadre d'une relation médecin-patient peut dénoter une imprudence consciente de la part du médecin. En effet, malgré le fait que l'intention première de celui-ci soit de sauver son patient, si toutefois il est en mesure de se douter d'un risque de contamination il est difficile d'être aussi indulgent envers un professionnel. Enfin, P. MISTRETTA souligne, à propos des poursuites à l'encontre des médecins, que lorsque ceux-ci prennent volontairement un risque en administrant un traitement l'élément moral sera aisément constitué. Il suffit en effet « de démontrer que le médecin a administré volontairement une substance davantage nuisible que bénéfique »⁹⁷⁹, ce qui conforte dans l'idée qu'une incrimination spéciale trouverait à s'appliquer. Toutefois, cette proposition ne serait pas exempte de critiques, aussi faut-il envisager les écueils qu'elle comporte.

352. Les écueils d'un délit de contamination – Certains auteurs sont hostiles à une pénalisation de la transmission volontaire du SIDA ou soulèvent du moins quelques réserves. F. COURTRAY souligne ainsi que dans l'hypothèse où l'intention d'attenter à la vie d'autrui par la transmission du virus du SIDA n'est pas clairement établie, une confusion entre le dol spécial (l'intention de donner la mort) et le dol général (la connaissance du caractère mortifère et l'administration) « entrerait en absolue contradiction avec l'objectif de responsabilisation des personnes [...] qui, aujourd'hui encore [...] constitue la seule mesure efficace de lutte contre la dissémination de la maladie ». En outre, l'auteur explique que le fait de faire porter la responsabilité uniquement au porteur du virus ajouterait à la souffrance de sa maladie l'image d'un criminel. Enfin, il faut reconnaître qu'une telle incrimination soulèverait probablement des problèmes de preuve, ou encore des difficultés quant à l'obligation ou non d'en informer le partenaire sachant que l'état de santé est protégé par l'article 9 du Code civil⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ *Ibidem*.

⁹⁷⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 162.

⁹⁸⁰ F. COURTRAY, « De l'empoisonnement en matière de contamination sexuelle par le VIH », art. préc., spéc. p. 17 (l'auteur fait ce constat uniquement en matière de contamination sexuelle).

Si ces réserves mettent en lumière des obstacles il est néanmoins possible de les contourner. L'intention de l'auteur n'étant pas certaine, il a été démontré qu'un délit constitutif d'une imprudence inconsciente paraissait adapté. De plus, comme l'explique et le met en œuvre R. OLLARD, il n'est pas utile ni pertinent de créer une incrimination dont la formulation stigmatiserait cette frange de la population⁹⁸¹. Enfin, le secret quant à l'état de santé de l'individu peut certes être protégé sur le fondement de la vie privée mais rien n'empêche de concevoir la justification d'une atteinte à la vie privée toutes les fois où la santé d'autrui serait en danger. Dès lors, la création d'un texte réprimant la contamination, par voie sexuelle ou autre, peut être proposée.

353. Proposition d'un délit de contamination – Plusieurs possibilités peuvent être envisagées mais une incrimination trop restreinte ne sera pas retenue au regard de cette stigmatisation qu'il est souhaitable d'éviter⁹⁸². Pour reprendre une proposition de R. OLLARD concernant les maladies sexuellement transmissibles, l'incrimination pourrait être rédigée ainsi : « est puni de [...] le fait, en se sachant porteur d'une maladie ou d'une affection potentiellement mortelle ou gravement dangereuse pour la santé humaine, de ne pas adopter les démarches et attitudes nécessaires pour préserver la santé d'autrui, sauf si les personnes exposées à la maladie y consentent »⁹⁸³. Il est vrai que cette incrimination a le mérite de ne pas réprimer uniquement les contaminations par voie sexuelle. Une autre proposition est toutefois à analyser, car P. MISTRETTA suggère de sanctionner ce dol éventuel par « un délit de mise en danger par contamination de la personne d'autrui »⁹⁸⁴. Le texte sanctionnerait « le fait d'exposer autrui à un risque de mort ou de maladie en administrant de manière délibérée une substance de nature à entraîner la mort ou à nuire à la santé ».

En s'inspirant de ces deux propositions, un nouvel article pourrait être inséré à la suite de l'incrimination d'empoisonnement et d'administration de substances nuisibles⁹⁸⁵, rédigé ainsi :

⁹⁸¹ R. OLLARD, « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle : analyse de droit comparé », art. préc., spéc. p. 44.

⁹⁸² Voir *Ibidem*. Afin que l'incrimination reflète la psychologie du délinquant l'auteur propose, tout en écartant ce texte trop ciblé, de la rédiger en ces termes : « est puni de [...] le fait, en se sachant porteur du virus de l'immunodéficience humaine, d'entretenir de relations sexuelles non protégées avec un partenaire sain, sauf si ce dernier est dûment informé de l'état de santé de son partenaire et consent à des relations non protégées ».

⁹⁸³ *Ibid.*, spéc. p. 45.

⁹⁸⁴ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 162.

⁹⁸⁵ Voir Annexe p. 625.

« Le fait d'exposer autrui à un risque de mort ou de maladie en administrant de manière délibérée une substance de nature à entraîner la mort ou à nuire à la santé, ou en n'adoptant pas les démarches et attitudes nécessaires pour préserver la santé d'autrui, sauf si les personnes exposées à la maladie y consentent, est puni de (...). »⁹⁸⁶

Ce texte réprimerait ainsi et de manière générale les contaminations par voie sexuelle mais également par tous les autres modes de contamination. L'élément matériel lié à l'administration ayant soulevé des difficultés, elles peuvent être surmontées en réprimant le fait de ne pas adopter l'attitude nécessaire à la préservation de la santé d'autrui.

Il en ressort que le rassemblement dans le Livre II des incriminations relevant du Livre V est envisageable au regard de la valeur sociale protégée ainsi que des éléments constitutifs qui servent de guide. Des interrogations surgissent néanmoins quant à la symbolique de certaines incriminations, dont la suppression relève d'un pur choix de politique criminelle.

354. Conclusion de la Section 1 – L'application du régime de la personne humaine au corps personnifié a conduit dans un premier temps à étudier la répression des atteintes commises par autrui. Plus précisément, le droit pénal commun permet de réprimer les atteintes au corps humain par le biais d'« autrui », notion qui ne dessert donc pas le corps mais, au contraire, qui favorise sa prise en compte par le droit pénal. Ensuite, il a été démontré que la mise en balance constante des valeurs qu'il véhicule conduit à la justification de certaines lésions qui lui sont portées. Cette justification est fondée sur une autorisation légale, parfois couplée au consentement du sujet. Ainsi, sa nature de support des valeurs sociales protégées lui confère une protection qui oscille au gré des choix du législateur.

Dans un second temps, ce régime a démontré ses avantages concernant des incriminations dont la pertinence et la classification dans le Code pénal interrogent. D'une part, le droit pénal de la bioéthique est apparu inadapté, aussi était-il nécessaire d'intégrer dans le droit pénal commun les dispositions s'y rapportant. D'autre part, il a été démontré que certaines infractions classées dans les atteintes à la liberté de la personne pouvaient trouver davantage leur place dans les atteintes à l'intégrité physique. Sur le fondement du Code pénal actuel, un rassemblement des incriminations a donc été proposé dans le but d'aboutir à un droit pénal

⁹⁸⁶ Cette étude n'ayant pas vocation à se substituer au législateur, les peines encourues ne seront pas précisées car il appartient au pouvoir législatif de se prononcer sur la gravité de l'acte et la sanction adaptée.

renforcé tant au regard des sanctions encourues que de l'accessibilité de la norme. Les infractions de prélèvement sans consentement, d'expérimentation illégale sur la personne et d'interruption volontaire de grossesse ont soulevé des interrogations car elles comportent toutes trois l'absence de consentement et à l'atteinte à l'intégrité physique dans leurs éléments constitutifs. Il est ressorti de cette démonstration qu'au regard des obstacles qu'a pu connaître la création de cette incrimination à forte symbolique, l'interruption illégale de grossesse trouverait sa place dans le Chapitre IV du Code pénal relatif aux atteintes à la liberté de la personne, qui pourrait s'enrichir d'une nouvelle Section consacrée aux atteintes à la liberté corporelle. Ensuite, s'agissant du prélèvement sans consentement et de l'expérimentation illégale sur la personne, soit la liberté corporelle est considérée comme la valeur sociale première et ces incriminations sont déplacées dans cette Section IV, soit elles trouvent leur place dans les atteintes à l'intégrité physique. Deux choix de politique criminelle sont alors possibles. L'absence de consentement peut être conservée en tant qu'élément constitutif et ces incriminations sont simplement déplacées. Le consentement peut également devenir un fait justificatif et ces textes spéciaux sont supprimés à la faveur de l'application des textes généraux. Au regard de l'effectivité contestable de ces textes spéciaux et des conflits de qualifications potentiels, la seconde proposition semble plus adaptée⁹⁸⁷.

Enfin, il a été démontré que le droit pénal pouvait évoluer aux fins de traiter une délinquance qui utilise le corps comme un objet de contamination. Face à ce mode inédit de commission de l'infraction, les éléments matériel et moral des incriminations en vigueur sont apparus trop étroits et une incrimination spécifique de délit de contamination a été proposée. Le droit pénal semble donc pouvoir se dépasser en ce sens qu'il peut appréhender certaines infractions spécifiques et cette démarche peut connaître un degré supplémentaire. Le régime applicable à la personne née ayant été abordé, il convient de déterminer si son rayonnement peut atteindre le fœtus, corps en formation dont les valeurs sociales véhiculées sont pour le moment dénuées de bénéficiaire.

⁹⁸⁷ Sur le rassemblement des incriminations spéciales en droit pénal commun, il est nécessaire de prendre en compte l'adaptation des sanctions aux praticiens, premiers acteurs de ces infractions. Le régime de droit pénal commun peut leur être applicable tout en s'articulant avec des sanctions disciplinaires. Cette étude ne pouvant s'étendre davantage sur la question de la responsabilité médicale, l'on renvoie à l'ouvrage de P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.* Plus particulièrement, sur l'articulation des sanctions, voir O. DECIMA, « L'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal* 2012, p. 380 s.

Section 2 : La pénalisation des atteintes à la personne commises avant la naissance

355. L’appréhension renouvelée du fœtus par le droit pénal – La personne humaine telle qu’elle a été définie⁹⁸⁸ se caractérise par son autonomie et la conscience de soi. Néanmoins, il faut distinguer la personne humaine définie sous un angle philosophique et sociologique, du seuil à partir duquel le droit pénal la considère comme une victime. En d’autres termes, dans l’hypothèse où le fœtus répondrait à la qualification de personne, encore faut-il qu’il réponde à celle de victime pénale⁹⁸⁹ pour que l’octroi de cette qualité au fœtus permette la répression des lésions qui lui sont portées. En effet, la définition philosophique ou sociologique d’un concept est malléable mais le droit pénal est forcé de poser une limite à partir de laquelle il est fondé à intervenir. Les définitions de la vie ou de la personne sont nombreuses et ne font pas l’unanimité parmi les auteurs et la jurisprudence. Aussi doit-on inévitablement fixer un seuil, que l’on voudra le moins arbitraire possible.

356. Les particularités inhérentes à l’état de gestation – Si le fœtus peut répondre à la qualité de victime pénale, il faudra déterminer dans quelle mesure il peut se voir appliquer les infractions relatives à « autrui » tel qu’il est actuellement défini. Il faudra en effet tenir compte de l’état de grossesse pour la qualification des infractions comme pour leur justification. Le fait que les lésions corporelles soient causées *in utero* peut soulever des difficultés tout comme le fait que la mère puisse être l’auteur de l’infraction. Au surplus, le fait que l’enfant viable puisse être qualifié de personne humaine interroge quant à la conciliation du droit à la vie avec certaines pratiques, comme l’interruption médicale de grossesse.

Au soutien de cette thèse, il sera démontré que la qualification d’ « autrui » peut être attribuée au fœtus (§1). Il faudra ensuite étudier, en se fondant sur les incriminations relatives à la personne née, les infractions commises à l’encontre du fœtus (§2).

⁹⁸⁸ Voir *supra*, n° 60 s.

⁹⁸⁹ La victime pénale se définit comme celle qui peut se voir appliquer les éléments constitutifs d’une infraction mais également comme celle qui peut subir un préjudice, voir S. GUINCHARD et J.-B. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 726.

§ 1 - La qualification d'autrui attribuée au fœtus

357. « Autrui » et la personne humaine en droit pénal – Les démonstrations précédentes ont mis en lumière la confusion qui règne en jurisprudence entre « autrui » et la personne juridique. En effet, la personnalité juridique se traduit par une aptitude à être titulaire de droits et de devoirs dont seules les personnes nées vivantes et viables bénéficient. Or, le droit pénal ne se préoccupe guère de protéger « une entité juridique abstraite » mais réprime au contraire les atteintes portées à un être de chair⁹⁹⁰. La personne humaine a été définie comme un être vivant disposant d'une autonomie et une certaine conscience de soi⁹⁹¹, donc il faudra déterminer si le fœtus peut se voir attribuer cette qualité. Comme le souligne S. DETRAZ, le fœtus « peut être dit la “victime” des faits, mais c'est bien le terme “autrui”, et lui seul, qui compte pour circonscrire le champ d'application de l'infraction »⁹⁹². Néanmoins, droit civil et droit pénal s'entremêlent car l'assimilation de la personne humaine à la personne juridique laisse présager une interdépendance entre la constitution d'une infraction à l'encontre de l'enfant à naître et la personnalité juridique. Il faudra donc déterminer dans quelle mesure ces notions se distinguent et de quelle manière elles peuvent s'articuler.

358. Annonce de plan – Aux fins de démontrer que la qualification d'« autrui » peut s'appliquer au fœtus, une distinction entre la personne humaine et la personne juridique sera opérée (A), qui contribuera à l'application de la qualification de personne humaine au fœtus (B).

A. La distinction entre personne humaine et personnalité juridique

359. La confusion entre l'aptitude au bénéfice d'une valeur sociale protégée et le droit à réparation du préjudice – Il a pu être observé que les valeurs sociales se distinguent

⁹⁹⁰ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 622.

⁹⁹¹ La conscience de soi est à relativiser car, comme on l'a expliqué, les individus plongés dans un coma profond reçoivent tout de même la qualification de personne humaine, malgré le fait qu'ils n'ont ni autonomie ni conscience de soi. En effet, puisqu'ils sont en vie, qu'ils ont disposé de ces deux caractéristiques et, au surplus, que l'on ne peut considérer avec une certitude pleine et entière que leur état ne s'améliorera pas, ils restent des personnes humaines.

⁹⁹² S. DETRAZ, « La notion textuelle de “victime” en matière pénale », in *Mélanges en l'honneur de G. Giudicelli-Delage, Humanisme et justice*, Dalloz, 2016, p. 67 s., spéc. p. 68.

des droits subjectifs⁹⁹³, qui nécessitent la personnalité juridique pour être exercés. Les valeurs sociales constituent en effet l'objet de la protection pénale et leur atteinte cause un trouble à l'ordre public, tandis que le droit subjectif confère à son titulaire la possibilité d'agir en réparation du préjudice qu'il a subi. Le corps du fœtus véhicule la « valeur sociale vie » ainsi que la « valeur sociale intégrité physique ». Or, comme le souligne M. LACAZE, une confusion entre valeurs sociales et personnalité juridique entraîne une interdépendance entre la titularité de l'action en réparation du préjudice d'une part, et l'aptitude à bénéficier des valeurs sociales protégées d'autre part⁹⁹⁴. Autrement dit, le fait de pouvoir bénéficier de certaines valeurs sociales protégées, c'est-à-dire voir les atteintes qui leur sont causées réprimées, est assimilé à la capacité à demander la réparation du préjudice qui en découle. Dans cette configuration, l'atteinte à une valeur sociale véhiculée par un individu dépourvu de la personnalité juridique, comme le fœtus, ne pourrait être réprimée. Cette confusion entre valeurs sociales et droits subjectifs fait de la personnalité juridique une condition *sine qua non* pour bénéficier des valeurs sociales portées par le Code pénal⁹⁹⁵. Ceci se révèle particulièrement préjudiciable pour admettre la réparation d'une infraction commise sur la personne non née car l'exercice d'un droit subjectif nécessite la personnalité juridique, dont le fœtus est dépourvu⁹⁹⁶. C'est pourquoi il est nécessaire de distinguer les valeurs sociales de la personnalité juridique.

360. La distinction entre le bénéfice d'une valeur sociale et la personnalité juridique – Si l'on applique la distinction entre valeurs sociales et droits subjectifs, « la personnalité juridique n'apparaît plus alors comme une condition de la protection juridique et encore moins comme son fondement, mais au contraire comme un instrument de protection de la personne, comme une forme de protection accordée par le droit civil – droit commun – qui

⁹⁹³ Voir *supra* note n° 312.

⁹⁹⁴ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 449 s.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 448 s.

⁹⁹⁶ Le régime procédural dépasse le cadre de cette étude, aussi se contentera-t-on de préciser que lors d'une infraction commise *in utero*, les parents peuvent se prévaloir d'un préjudice personnel et ainsi exercer l'action en leur nom. En cas d'homicide volontaire ou involontaire du fœtus par exemple, le père et la mère argueront d'un préjudice moral lié à la perte de l'enfant. Ils disposeront également d'un intérêt à agir puisque le préjudice aura été directement causé par l'infraction. Cette action s'exerce dans le respect des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale, aux termes desquels il est nécessaire d'avoir personnellement souffert du dommage causé par l'infraction, et celui-ci peut être matériel ou moral.

permet l'exercice de droits subjectifs »⁹⁹⁷. Si la capacité à bénéficier des valeurs sociales protégées ne suppose plus l'acquisition de la personnalité juridique, alors il est possible d'envisager d'en bénéficier avant la naissance et après la mort. Ce ne sont pas les valeurs sociales qui sont subordonnées à la personnalité juridique mais l'exercice des droits qui permettent leur défense. Le bénéfice des valeurs sociales serait ainsi déterminé non plus en fonction de l'aptitude à avoir et exercer des droits mais en fonction de la nature de la valeur sociale atteinte d'une part, et de la qualité du bénéficiaire d'autre part. Dès lors que l'on opère cette distinction, la personne peut bénéficier des biens juridiques protégés par le droit pénal même si elle ne revêt pas la qualité de personne juridique. Il en résulte que les atteintes aux valeurs sociales dont bénéficie la personne peuvent être réprimées même avant la naissance de la victime. Les atteintes commises à l'encontre de l'enfant à naître pourraient à ce titre être sanctionnées, si toutefois ce dernier répond à la définition de personne humaine.

B. L'identification du fœtus viable à la personne humaine

361. La viabilité, seuil du commencement de la personne humaine – Comme le relèvent A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, la vie du fœtus acquiert au bout d'un certain temps « une autonomie biologique au point de ne plus pouvoir se confondre avec celle de son auteur »⁹⁹⁸. Les auteurs ajoutent que « dès lors qu'elle a atteint un stade de développement suffisant, en cessant de s'identifier à celle de son auteur, la vie mérite d'être protégée pour elle-même »⁹⁹⁹. Il faut alors proposer certains critères qui peuvent définir ou, à tout le moins, contribuer à définir ce seuil de développement. Lorsque le fœtus constitue un être autonome, le critère de la viabilité parfois retenu par la jurisprudence¹⁰⁰⁰ peut être utilisé.

⁹⁹⁷ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 449. L'auteur ajoute que « si l'existence de la personnalité juridique n'est plus nécessaire à la reconnaissance de la titularité du bien juridique, c'est alors la nature même du bien juridique atteint par l'infraction qui va permettre de déterminer le titulaire de celui-ci par une démarche objective et réaliste ». L'auteur propose ainsi d'adopter une « conception objective de la titularité » du bien juridique protégé. Toutefois, l'auteur n'applique pas ces solutions au cas des atteintes à l'embryon ou à l'enfant à naître, qui sont des « délits-obstacle protégeant le bien juridico-pénal collectif "intégrité de l'espèce humaine" », p. 456, note n° 1488. Pour davantage de développements sur les bénéficiaires des valeurs sociales protégées, voir *supra* n° 127 s.

⁹⁹⁸ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 623.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 622.

¹⁰⁰⁰ Voir *supra* note n° 737.

Il est vrai que cette notion est dépourvue de portée juridique, aussi faudra-t-il déterminer dans quelle mesure le législateur pénal peut s'y référer. Lorsqu'il est confronté à des domaines qui le dépassent, le droit doit inévitablement s'enrichir de nouvelles sources. Toutefois, la viabilité reçoit des applications pratiques diverses car l'autonomie biologique¹⁰⁰¹ est variable selon les individus. Droit et médecine doivent cohabiter, aussi faudra-t-il appréhender cette notion avec une certaine souplesse.

362. Annonce de plan - Au regard de la définition retenue de la personne humaine, l'application du critère de la viabilité (1), qui doit être apprécié *in concreto* (2), conduit donc à reconnaître le fœtus comme une personne.

1) *L'application du critère de la viabilité*

363. La définition de la viabilité – Le refus de la Cour de cassation d'octroyer la qualité de personne humaine au fœtus n'a pas toujours été suivi, notamment par la cour d'appel de Lyon qui, dans un arrêt du 13 mars 1997¹⁰⁰², a considéré qu'un fœtus viable pouvait répondre à la qualité de personne. Si la naissance n'est plus le seuil de commencement de la personne humaine, il n'en reste pas moins qu'un point de départ doit être fixé. L'Organisation mondiale de la santé a fixé le seuil de viabilité à 22 semaines ou 500 grammes ce qui permettait, lorsque l'enfant était mort-né, de le différencier des pièces anatomiques¹⁰⁰³. Depuis le Décret du 9 janvier 2008¹⁰⁰⁴ ce critère n'est plus pris en compte. Seul le certificat d'accouchement permet d'inscrire l'enfant sur les registres de l'état civil et de le différencier des pièces anatomiques. Néanmoins, si ces critères servent à conférer à l'enfant un état civil, ils restent sans lien avec la

¹⁰⁰¹ Terme emprunté à A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc.

¹⁰⁰² CA Lyon, 13 mars 1997, arrêt préc. ; Dans le même sens, voir CA Douai, 2 juin 1987, JurisData n° 1987-604336 ; RSC 1989, p. 319 et p. 740 obs. G. LEVASSEUR ; CA Reims 3 février 2000, arrêt préc.

¹⁰⁰³ Les enfants mort-nés à moins de 22 semaines d'aménorrhée et ayant un poids de moins de 500 grammes étaient considérés comme des pièces anatomiques. Aucun acte d'état civil n'était établi, l'enfant pouvait toutefois faire l'objet d'une inhumation ou d'une crémation si les parents le souhaitaient. Voir la Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO du 9 janvier 1993. Voir également la circulaire n° 50 du 22 juillet 1993 relative la déclaration des nouveau-nés à l'état civil qui précise la notion de viabilité. La Cour de cassation a ensuite rendu un arrêt dans lequel elle a estimé que l'acte d'enfant sans vie n'était pas subordonné au poids du fœtus ni à la durée de la grossesse, voir Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-16.498 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, D. VIGNEAU, « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », D. 2008, p. 1862 s., note sous arrêt. Sur le régime applicable à l'enfant mort-né, voir *supra* n° 304 s.

¹⁰⁰⁴ Décret n° 2008-800 du 9 janvier 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil, JO du 22 août 2008.

qualification de personne humaine par le droit pénal. Autrement dit, l'abandon du critère de viabilité pour l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil n'emporte pas pour autant l'impossibilité pour le législateur pénal de s'y référer.

La viabilité peut se définir comme le fait pour l'enfant de « disposer des conditions organiques indispensables à l'existence »¹⁰⁰⁵, soit d'avoir acquis une certaine autonomie par rapport à sa mère. Y. MAYAUD explique ainsi que la viabilité représente une « survie objective » et que « ce qui est en cause dans la viabilité, c'est l'aptitude du fœtus à survivre hors du sein maternel s'il en était extrait. On rejoint ainsi l'humanité séparée de l'enfant par rapport à celle de sa mère, avec pour conséquence de pouvoir le considérer comme autrui au sens du droit pénal. [...] il n'est plus *pars viscerum matris*, mais bien cet être humain que le droit pénal protège. À l'inverse, tant que cette réalité n'est pas établie l'enfant participe de l'humanité de sa mère, et la vie qu'il représente n'étant pas encore vie d'autrui il ne saurait prétendre à une protection séparée. La viabilité est ainsi révélatrice d'altérité »¹⁰⁰⁶. En conséquence, le fœtus viable est celui qui pourrait exister par lui-même si toutefois il était séparé de sa mère, même si cela implique l'aide d'une assistance respiratoire. Il s'agit d'une « capacité naturelle de vivre », d'une « aptitude à la survie naturelle »¹⁰⁰⁷. La viabilité suppose donc une certaine autonomie personnelle, or il s'agit de l'un des critères retenus dans la définition de la personne humaine¹⁰⁰⁸.

364. L'autonomie du fœtus – La personne humaine est un être humain en vie, comportant une dimension physique et une dimension spirituelle¹⁰⁰⁹. La personne peut être qualifiée comme telle dès lors que cette fusion entre le corps et l'esprit s'est réalisée car elle fait naître une conscience de soi abritée par un corps. Il a été admis que le moment précis où cette fusion s'effectuait ne pouvait être déterminé avec certitude. Aussi est-il pertinent de se

¹⁰⁰⁵ Cass. crim. 7 août 1874, *Bull. crim.* n° 224 (*Marie Bohart*) ; S. 1875, I, p. 41.

¹⁰⁰⁶ Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », art. préc., spéc. p. 819. D.-N. COMMARET rappelle par ailleurs que les professeurs de médecine, consultés à l'occasion des débats entourant la position de la Cour de cassation à l'égard du fœtus, qu'« en cas de fécondation naturelle, l'embryon et le fœtus sont des patients depuis l'implantation dans l'utérus maternel », voir D.-N. COMMARET, « Conclusions, audience plénière de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 juin 2002 », *Droit pénal*, septembre 2002, chron. n° 31, spéc. p. 8, cité par A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc Les droits et le droit*, op. cit., p. 613 s., spéc. p. 622.

¹⁰⁰⁷ Sur la définition de la viabilité, voir notamment J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, op. cit., p. 394 : « *vitae habilis* c'est-à-dire physiologiquement capable de survivre » ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2005, p. 208 : « La viabilité est la capacité naturelle de vivre, l'aptitude à la vie ».

¹⁰⁰⁸ Voir *supra*, n° 60 s.

¹⁰⁰⁹ Le terme « spirituel » étant dénué ici de toute connotation religieuse mais rejoint celui d'esprit, au sens de la conscience de soi.

référer au moment de la grossesse où le corps est suffisamment formé pour que les fonctions vitales du corps permettent d'abriter un esprit autonome. Bien qu'il ne dispose pas d'une autonomie pleine et entière au même titre qu'une personne née vivante et viable, le fœtus effectue tout de même certains mouvements et certains choix de façon instinctive. De surcroît, il est admis que la vie *intra* utérine est pleinement vécue par le fœtus, qui en gardera un souvenir inconscient. Dès lors, cet être dispose de fonctions cognitives lui conférant une certaine autonomie inhérente à la qualité de personne humaine. En réalité, le corps étant en évolution permanente même après la naissance, le début de la personne humaine peut être placé à n'importe quel stade de la gestation. Les embryons ne peuvent toutefois recevoir cette qualité, notamment du fait de leur absence d'autonomie et de l'instrumentalisation dont ils font l'objet¹⁰¹⁰.

À la faveur de ces arguments, l'on retiendra d'une part que l'enfant viable est individualisé et de ce fait il est impensable qu'il fasse par exemple l'objet d'un don. D'autre part, si l'on peut légitimement considérer qu'il est définitivement accroché à l'utérus de sa mère et que sa gestation aboutira à terme, c'est parce qu'il a assez vécu et qu'il se trouve suffisamment formé. Au regard de ces critères, le fœtus viable se différencie de la personne née du fait qu'il ne soit pas complètement formé mais également du fait qu'il ne soit pas visible. En conséquence, le droit pénal est réticent à réprimer les atteintes à un être qui est exclu du monde concret, du moins est-ce l'impression que la grossesse renvoie.

Toutefois, il reste que l'enfant non encore né dépend de sa mère et, partant, son indépendance n'est pas pleine et entière car il est encore en gestation. Toutefois, cela ne saurait constituer un obstacle, d'autant que les personnes plongées dans un coma profond voire en état de mort cérébrale ne perdent pas pour autant cette qualité¹⁰¹¹. Dès lors que l'on admet que le fœtus dispose d'une certaine autonomie et que les personnes vivantes qui n'en disposent plus restent qualifiées de personne humaine, l'on ne peut qu'appliquer cette même qualité au fœtus viable. Néanmoins, les critères de la durée de la grossesse et du poids de l'enfant sont critiquables car ils ne correspondent pas toujours à la réalité. En conséquence, ils peuvent être utilisés comme un faisceau d'indices pour déterminer, *in concreto*, si le fœtus était viable lors de l'infraction.

¹⁰¹⁰ Voir *supra* n° 61 et n° 261 s.

¹⁰¹¹ Voir *supra* n° 61. *Contra*, voir I. AMOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, op. cit., p. 74 ; J.-L. BAUDOIN et D. BLONDEAU, *Ethique de la mort et droit à la mort*, PUF, 1993, p. 27.

2) *L'appréciation in concreto du critère de la viabilité*

365. Les incertitudes liées au seuil de viabilité – Si le critère de la viabilité permet de déterminer le commencement de la personne humaine, il comporte toutefois des faiblesses. En effet, plusieurs arguments qui vont à l'encontre de ce critère sont à prendre en compte. Comme le souligne C. PHILIPPE¹⁰¹², il arrive que certains fœtus ne soient pas suffisamment formés pour être considérés comme viables à 22 semaines, délai dont le calcul peut par ailleurs comporter des erreurs. Certains fœtus sont en effet considérés comme étant trop faibles pour être réanimés par les équipes de néonatalogie et cette l'appréciation peut varier en fonction des pratiques. Ensuite, il convient de s'accorder sur la définition à retenir du terme « viable ». En effet, certains enfants naissent au-delà du délai ou avec un poids de 500 grammes mais sont atteints de malformations graves mettant leur santé en danger, et conduisant parfois de façon inéluctable à une mort proche.

Enfin, il est parfois avancé que la référence au seuil de viabilité constitue une forme de discrimination. Cet argument doit néanmoins être écarté car la référence à la naissance se révèle bien plus discriminatoire. En effet, le critère actuellement retenu se fonde en réalité sur un enfant assez viable pour avoir respiré ne serait-ce qu'une seconde. Autrement dit, le critère de la viabilité est de fait pris en compte mais, de surcroît, les enfants mort-nés sont discriminés puisqu'ils ne peuvent bénéficier de la qualité de personne humaine. Dans l'hypothèse où la viabilité constituerait l'unique critère pour revêtir cette qualité, les enfants mort-nés bénéficieraient au moins du régime applicable à la personne humaine et, de ce fait, les infractions commises à leur encontre seraient punissables. Toutefois ce critère ne saurait être appréhendé de façon trop stricte car chaque corps est différent.

366. La souplesse nécessaire dans la détermination de la viabilité – Ce critère n'étant pas exempt d'incertitudes, il convient de ne pas l'appréhender sans une certaine souplesse et tenir compte des disparités entre les enfants. Pour y remédier, la jurisprudence et une partie de la doctrine proposent d'admettre l'existence d'une présomption simple de viabilité car elle se traduit par « l'état ordinaire et normal des nouveau-nés vivants »¹⁰¹³. En d'autres termes, la preuve de la viabilité fondée sur ces critères scientifiques pourrait être réservée aux hypothèses

¹⁰¹² C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, chron. p. 29 s.

¹⁰¹³ CA Bordeaux, 8 février 1830.

dans lesquelles celle-ci est contestée. Plus encore, les équipes médicales peuvent disposer d'une certaine liberté dans la détermination de ce seuil, ainsi que dans l'opportunité ou non d'une réanimation de l'enfant. En réalité, tel est déjà le cas aujourd'hui¹⁰¹⁴ et cela semble inhérent à la pratique, dont les règles dépassent parfois le droit. Ces aménagements dans l'appréhension du seuil de viabilité installeraient donc de la souplesse dans un domaine qui ne relève pas du droit. En effet, si ce dernier doit fixer des limites pour déterminer le début de la personne humaine, il doit inévitablement s'appuyer sur des considérations biologiques qui le dépassent.

Il en résulte que les obstacles posés par la confusion entre la personne humaine et la personne juridique peuvent être levés. Le bénéfice des valeurs sociales protégées est indépendant de l'action en réparation de l'atteinte qui, elle, nécessite la personnalité juridique pour être exercée. En outre, la personne humaine telle qu'elle a été définie sur un plan philosophique, c'est-à-dire comme une entité en vie, composée d'un corps et d'un esprit et disposant d'une certaine autonomie, peut être considérée comme telle par le droit pénal dès la viabilité. Cette notion, qui peut se montrer malléable, nécessite toutefois d'être appréhendée de façon relativement souple. De même, une certaine liberté doit être reconnue aux médecins dans la détermination de ce seuil, en acceptant que les pratiques diffèrent car le droit ne peut encadrer strictement un domaine qui comporte des aléas considérables. La qualité d'« autrui » ayant été attribuée au fœtus, il convient désormais d'en tirer les conséquences et de lui appliquer les infractions de droit pénal commun, dans la mesure des spécificités liées à cet être.

¹⁰¹⁴ C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », art. préc., spéc. p. 29. L'auteur critique néanmoins ce constat au regard de la diversité des pratiques.

§ 2 - Les infractions commises à l'encontre du fœtus

367. La prise en compte des particularités inhérentes au fœtus – L'identification du fœtus viable à la personne humaine emporte l'application des dispositions du Livre II du Code pénal, dont le premier Titre est relatif aux crimes contre l'humanité et l'espèce humaine et le second Titre aux crimes et délits contre la personne. Il a été expliqué que l'humanité et l'espèce humaine représentaient la personne en sa dimension collective, aussi précisera-t-on que l'enfant à naître peut faire l'objet des infractions relevant du Titre I du Livre II du Code pénal. Concernant la personne prise en sa dimension individuelle, la transposition des infractions du Titre II à l'enfant à naître montre d'emblée quelques limites. Ainsi, la commission d'infractions sexuelles ou des atteintes à la liberté de la personne rencontre une impossibilité de fait car le fœtus est dans le ventre de sa mère. En outre, les infractions ayant pour support plus ou moins direct l'intégrité psychique du fœtus ne seront pas analysées, d'une part au regard de l'objet de cette étude et, d'autre part, au regard de l'autonomie relative du fœtus. Ainsi les violences psychiques, les menaces, les atteintes à la liberté ou encore les atteintes à la personnalité ne seront pas incluses. De même, le fœtus viable ne sera ici perçu que comme une victime et non comme un auteur.

368. Prise en compte des particularités inhérentes à la mère – Concernant les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, le corps du fœtus peut être l'objet de nombreuses infractions, commises par des tiers comme par sa mère. Il faudra en effet envisager des hypothèses dans lesquelles la mère voit sa responsabilité pénale engagée, et la particularité à laquelle le droit pénal devra s'adapter réside dans le fait que l'enfant est dans le ventre de sa mère. En ce qu'elle porte l'enfant, celle-ci est encline à des comportements spécifiques qu'elle seule peut adopter et les particularités du contexte de la gestation pourront influencer sur la qualification de l'infraction. Les atteintes dont l'enfant à naître peut faire l'objet seront abordées de façon non exhaustive, de sorte à relever les principaux exemples.

Le régime applicable à la personne non née sera donc édifié au travers des infractions commises par les tiers **(A)**, puis au travers des infractions commises par la mère **(B)**.

A. Les infractions commises par les tiers

369. La qualification des infractions commises à l'encontre du fœtus – L'extension de la notion d'« autrui » se reporte par définition sur la plupart des infractions à l'intégrité physique de la personne. Nombre d'entre elles peuvent être constituées à l'encontre de la personne non née et, lorsqu'elles ne font l'objet d'aucune cause objective de justification, leur qualification entraîne la responsabilité pénale de l'auteur. Le fait que l'enfant soit dans le ventre de sa mère ne modifie en rien les éléments constitutifs de ces infractions, ni les causes de justification. Seules certaines d'entre elles seront analysées, soit car elles nourrissent la jurisprudence, soit car elles paraissent enclines à avoir l'enfant à naître pour objet.

370. Annonce de plan – L'infraction suppose, pour que la responsabilité pénale de l'agent soit engagée, la réunion des éléments constitutifs et l'absence de cause objective ou subjective d'irresponsabilité pénale¹⁰¹⁵. La pénalisation des infractions commises à l'encontre de l'enfant à naître sera donc envisagée au travers de leur constitution (1), puis au travers de leur justification (2).

1) *La constitution des infractions*

371. Les atteintes à la vie de l'enfant – Le recul du commencement de la personne humaine permet *a priori* d'envisager la condamnation de l'auteur d'un homicide volontaire ou involontaire sur le fœtus viable. En effet, la condition préalable imposant que la victime soit « autrui » est désormais satisfaite, et la lésion corporelle infligée au fœtus constitue le résultat matériel, qui entraîne le résultat juridique matérialisé par sa mort¹⁰¹⁶. Ainsi, l'automobiliste qui crée un accident causant la mort de l'enfant se rendra coupable d'homicide involontaire, tout comme celui qui donne des coups dans le ventre de la mère dans l'intention d'attenter à la vie de l'enfant sera coupable d'homicide volontaire. Ces hypothèses se rencontrent également dans le cadre d'activités médicales, à la suite par exemple d'une opération chirurgicale comme le

¹⁰¹⁵ Plus précisément, selon la conception retenue de l'infraction, l'auteur engage sa responsabilité pénale si l'infraction est qualifiée et lui est imputable. La qualification repose sur la réunion des éléments constitutifs et l'absence de cause objective d'irresponsabilité, tandis que l'imputabilité implique l'absence de causes subjectives d'irresponsabilité.

¹⁰¹⁶ Voir *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

témoigne l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999¹⁰¹⁷. Ce serait là reprendre la teneur de certains arrêts faisant explicitement référence à la viabilité. La cour d'appel de Douai a par exemple considéré que « dès lors que rien ne permet de dire qu'il était mort avant l'accident, un enfant de 3,900 kg extrait de l'utérus de sa mère "mort-né frais" doit être considéré comme ayant été vivant à terme et viable en raison de son état de maturité, notamment par son poids »¹⁰¹⁸. De même et plus récemment, la cour d'appel de Reims a jugé qu'« un enfant, après huit mois de grossesse, a franchi le seuil de viabilité, étant, jusqu'à terme, apte à vivre de façon autonome » et que « bien que non séparé du sein de sa mère lors de son décès, l'enfant était une personne humaine et, en tant que telle, bénéficiait de la protection pénale »¹⁰¹⁹.

Ces deux infractions peuvent toutefois être qualifiées d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée¹⁰²⁰, puisqu'il s'agit d'une conséquence de l'acte. Cependant, cette qualification semble compromise car faute d'indications quant à l'élément moral de l'infraction¹⁰²¹ il peut en être déduit que le comportement doit être intentionnel. Partant, l'auteur d'un homicide involontaire ne peut être condamné sur ce fondement. Ensuite, cette qualification ne semble pas adaptée en ce qui concerne l'enfant car l'incrimination protège la liberté corporelle de la femme, qui est la seule à même de choisir d'interrompre sa grossesse¹⁰²². Cette incrimination tient plus à protéger la liberté corporelle de la mère que la vie de l'enfant, aussi l'incrimination d'homicide volontaire ou involontaire sera alors préférée. En outre, puisque la vie de l'enfant et la liberté corporelle de la mère sont deux valeurs sociales distinctes, la qualification d'homicide volontaire ou involontaire pourra se cumuler avec celle d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée. Il en résultera un concours réel d'infractions, qui conduira au prononcé d'une seule peine dans la limite du maximum légal encouru¹⁰²³.

Enfin, l'empoisonnement peut constituer une atteinte à la vie de l'enfant, en atteignant cette fois non pas directement le fœtus mais en commettant une infraction sur la mère, ce qui entraînera cette même infraction sur l'enfant. Cette situation se rencontrerait par exemple si l'auteur empoisonne la mère et administre alors inévitablement une substance mortifère à

¹⁰¹⁷ Cass. crim. 30 juin 1999, arrêt préc.

¹⁰¹⁸ CA Douai, 2 juin 1987, arrêt préc.

¹⁰¹⁹ CA Reims, 3 février 2000, arrêt préc.

¹⁰²⁰ Article 223-10 du Code pénal. En ce sens, voir notamment V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 224. Sur l'interruption illégale de grossesse, voir p. 222 s.

¹⁰²¹ Article 223-10 du Code pénal : « L'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

¹⁰²² Dans le respect des articles L. 2211-1 et suivants du CSP.

¹⁰²³ Sur les règles applicables en cas de concours réel d'infractions, voir *supra* n° 117.

l'enfant¹⁰²⁴. Dans ce cas, s'il avait connaissance de l'existence de l'enfant il ne saurait arguer du fait qu'il n'avait pas l'intention d'attenter à sa vie car il ne pouvait que se douter que ce résultat surviendrait¹⁰²⁵. Il faut toutefois nuancer ce constat, notamment au regard de l'affaire du sang contaminé précédemment évoquée¹⁰²⁶. En effet, si la seule connaissance du caractère mortifère ne suffit pas à caractériser l'élément moral de l'empoisonnement il n'est pas acquis que cette qualification soit retenue. Cette incertitude conforte par ailleurs les incohérences de la solution de la Cour de cassation dans cette configuration car le risque d'empoisonnement serait insuffisant à qualifier cette infraction.

En outre, il est à noter que l'homicide volontaire commis sur un mineur de 15 ans est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Or, l'enfant non né est par définition mineur. Si toutefois cette qualité n'était pas retenue du fait qu'il soit encore en gestation, la vulnérabilité de la victime¹⁰²⁷ est également une circonstance aggravante. Au surplus, les termes de « personne particulièrement vulnérable » sont entendus de façon extensive, puisque l'on ne s'arrête pas à des considérations d'âge¹⁰²⁸. La « vulnérabilité » n'est pas définie donc l'appréciation est laissée au juge¹⁰²⁹. L'atteinte à la vie d' « autrui » peut donc être constituée à l'égard du fœtus et il en va de même avec les atteintes à l'intégrité physique d'autrui.

372. Les violences commises sur l'enfant – Le fœtus étant abrité par sa mère, celle-ci est la première victime des coups que l'auteur a l'intention de porter à l'enfant. Le droit pénal en vigueur sanctionne les atteintes portées à l'intégrité physique de l'enfant dès lors que celui-ci naît vivant, mais l'étude se portant précisément sur le contexte de l'état de grossesse cette configuration mérite de s'y attarder. Deux hypothèses se distinguent car soit le comportement de l'auteur révèle l'intention de n'attenter qu'à la mère, soit il dénote l'intention d'attenter à l'enfant. Dans la première hypothèse, si l'enfant est atteint suite à une imprudence de l'auteur, ce dernier sera sanctionné pour violences volontaires commises sur la mère mais également à l'encontre de l'enfant. De prime abord, l'imprudence renvoie au caractère involontaire de la

¹⁰²⁴ Cette situation peut également se rencontrer en matière médicale, puisque des transfusions sanguines sont également effectuées *in utero*.

¹⁰²⁵ La connaissance du caractère mortifère suffit à caractériser l'intention de l'auteur, voir Cass. crim. 8 juin 1993 ; *RSC* 1993, obs. G. LEVASSEUR.

¹⁰²⁶ Voir *supra* n° 221.

¹⁰²⁷ Plus généralement, sur cette notion, voir X. PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », in FRÉDÉRIQUE COHET-COREDY (dir.), *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 119 s.

¹⁰²⁸ J.-P. ROSENZVEIG, *L'enfant victime d'infractions et la justice. Un droit pénal spécifique*, Wolters Kluwers, 2015, p. 123.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 129.

faute. Cependant, il a été précédemment observé au regard de la jurisprudence que lorsque l'auteur pouvait se douter que le dommage allait survenir, l'élément intentionnel est constitué¹⁰³⁰. Dans la seconde hypothèse, l'intention sera conforme au résultat atteint et l'auteur sera également coupable de violences volontaires commises sur l'enfant. La lésion du corps de la mère étant une condition *sine qua non* pour attenter à celui de l'enfant qu'elle porte, cette infraction se cumulerait alors avec celle de violences commises sur la mère. En outre, dans cette hypothèse également, les faits délictueux commis à l'encontre de la mère pourraient se voir qualifiés d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée. Un concours de qualifications sera toutefois à prévoir avec l'infraction de violences sur la mère, qui peut aboutir à l'application de la qualification spéciale si l'on considère qu'une seule valeur sociale est lésée, c'est-à-dire l'intégrité physique. Dans ce cas, la qualification d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée primera¹⁰³¹.

Cependant, une interruption totale de travail paraît par définition difficile à calculer lorsque la victime est un enfant *in utero*. Aussi, cette hypothèse sera de fait probablement cantonnée au cas des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de l'enfant, ainsi qu'au cas des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner¹⁰³². En effet, seuls des préjudices graves qui ne seront pas résorbés à la naissance pourront être évalués et conditionneront la qualification de l'infraction. Les atteintes à l'intégrité physique ne soulèvent donc que peu de difficultés, tout comme les infractions constituées par un risque causé à l'enfant ou encore par l'indifférence que l'auteur lui porte.

¹⁰³⁰ Cass. crim. 29 novembre 1972, n° 72-90.309 ; arrêt préc. Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, n° 170 : en l'espèce, dans l'intention de viser le cartable d'une amie avec sa carabine à plomb, l'auteur blessa la victime au mollet. Or en visant le cartable, il « pouvait se douter qu'un léger écart de la trajectoire pouvait atteindre la victime porteuse de cet objet [...] [car] la fillette participait à l'action au moment du dommage ». Voir *supra* n° 170.

¹⁰³¹ Cela dépend toutefois du degré de gravité des lésions corporelles infligées à la mère. En effet, l'article 223-10 du Code pénal punit l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Si toutefois les violences entraînent par exemple une mutilation ou une infirmité permanente, infraction punie de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende, il est envisageable de déroger à cette règle à la faveur de la qualification la plus haute, voir *supra* n° 221.

¹⁰³² L'infraction de tortures et actes de barbarie peut également être envisagée. Toutefois, l'élément matériel étant constitué par des souffrances aiguës, elles entraîneront fort probablement la mort de l'enfant au vu de sa fragilité. En outre, il apparaît difficile d'évaluer les souffrances endurées *in utero* par l'enfant. Par ailleurs, l'auteur encourra des peines plus sévères au regard de la minorité de la victime ou de son état de vulnérabilité (Articles 222-8 1° et 2°, 222-10 1° et 2°, 222-12 1° et 2° et 222-13 1° et 2° du Code pénal). Enfin, s'il ne s'agit pas d'un acte isolé, l'infraction de violences habituelles commises sur un mineur de moins de 15 ans pourra être constituée.

373. La mise en danger de l'enfant – Au regard de ses éléments constitutifs, l'infraction de risques causés à autrui peut être constituée si l'auteur expose directement l'enfant « à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement »¹⁰³³. Une infraction au Code de la route telle le fait de rouler à très grande vitesse, mettant en danger la mère, entraînera l'infraction de risques causés à autrui¹⁰³⁴, à l'égard de la mère et de l'enfant. L'élément matériel n'exige que la survenance d'un risque pour être constitué, soit que « l'agent ait créé un risque pour les personnes (risque abstrait) sans que l'on exige qu'une personne ait été réellement exposée à ce risque (concret) »¹⁰³⁵. Concrètement, le conducteur qui, par exemple, dépasse la vitesse autorisée ou franchit délibérément un feu rouge dans une zone à forte affluence¹⁰³⁶ et crée un risque encourra une sanction pour mise en danger d'autrui sur la personne de la mère mais également sur la personne de l'enfant, car ils constituent deux victimes distinctes. De même, le médecin qui cause un risque d'atteinte à l'intégrité ou à la vie de l'enfant au cours d'un examen prénatal pourra voir sa responsabilité engagée sur ce fondement.

Il ressort de ces développements, cantonnés aux principaux exemples pouvant être rencontrés, que les infractions commises par les tiers à l'encontre du fœtus sont similaires à celles commises sur la personne née. L'infraction, au vu de la définition retenue, n'entraîne pas la responsabilité pénale de l'auteur si une cause objective d'irresponsabilité fait obstacle à sa qualification, ou si une cause subjective d'irresponsabilité fait obstacle à son imputation à l'auteur¹⁰³⁷. Les faits justificatifs sont donc soit externes à l'auteur, soit lui sont propres. En conséquence, puisque certaines infractions peuvent désormais être constituées à l'encontre du fœtus, des faits justificatifs devraient en toute logique pouvoir faire obstacle à leur qualification.

¹⁰³³ Article 223-1 du Code pénal.

¹⁰³⁴ L'excès de vitesse ne constitue pas, à lui seul, le délit de mise en danger d'autrui, il faut lui ajouter un comportement particulier du conducteur, voir Cass. crim. 19 avril 2000, n° 99-87.234 ; Y. MAYAUD, « De la conduite à 200 km/h : une mise en danger sous condition », *D.* 2000 p. 631, note sous arrêt. Voir également Cass. crim. 18 septembre 2007, n° 06-89.496 (passage devant une école à 100 km/h) ; *JCP G* 2007, n° 42, act. n° 478 ; Cass. crim. 20 février 2002, n° 01-86.268 (dépassement dangereux dans une zone urbaine dans une courbe, en l'absence de toute visibilité, alors que des piétons circulaient sur la chaussée) ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Rappel utile à propos de l'élément matériel du délit », *AJ pénal* 2016, p. 264 s. ; Cass. crim. 7 novembre 2004, n° 04-82.214 (course poursuite avec les gendarmes dans des rues étroites et sinueuses).

¹⁰³⁵ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 133.

¹⁰³⁶ Cass. crim. 6 juin 2000, n° 99-85.937 ; F. ROUSSEAU, « Lumières sur la complicité des délits d'imprudence », *JCP G* 2000, n° 41, n° 1067, note sous arrêt.

¹⁰³⁷ Voir notamment X. PIN, « L'irresponsabilité pénale. Réflexions sur le sens des art. 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum, op. cit.*, p. 51 s.

2) *La justification des infractions*

374. Les autorisations de la loi – Les faits justificatifs fondés sur l'autorisation de la loi feront l'objet de développements ultérieurs mais l'on voit d'ores et déjà que seules certaines hypothèses se rencontrent lorsqu'il s'agit du fœtus, et notamment dans le domaine médical. Considéré comme « autrui », le fœtus devient un patient comme les autres à ceci près que sa vie intra utérine octroie un caractère spécifique aux actes médicaux dont il fait l'objet. Il subit des atteintes à son intégrité physique, justifiées par une nécessité médicale telles que les échographies ou les amniocentèses. La médecine a développé des examens propres au fœtus, comme l'endocrinologie-gynécologie et la diabétologie pédiatrique qui permettent de soigner l'enfant *in utero*¹⁰³⁸. De même, la chirurgie fœtale s'est fortement développée au gré de l'amélioration des techniques scientifiques. Un fœtus a ainsi pu être opéré d'une malformation neurologique au cours du deuxième trimestre de gestation¹⁰³⁹. En conséquence, l'article 16-3 du Code civil qui consacre la possibilité d'attenter à l'intégrité du corps humain en cas de nécessité médicale est applicable et vient justifier l'atteinte corporelle.

En revanche, le patient ne peut consentir à l'intervention. Il conviendra alors d'appliquer le régime des personnes hors d'état d'exprimer leur volonté. Ainsi, l'article L. 1111-4 alinéa 5 du Code de la santé publique dispose que « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». Les parents de l'enfant seront donc consultés, sauf urgence ou impossibilité. Si toutefois les parents refusent par exemple une transfusion de sang à leur enfant pour un motif religieux, l'article L. 1111-4 alinéa 7 du Code de la santé publique impose au médecin d'effectuer les soins indispensables si le mineur est en danger. L'application de cet article peut ainsi être envisagée. En théorie, le législateur pourrait alors, par le truchement de la loi, autoriser les atteintes sur le fœtus en cas de nécessité médicale dans les mêmes conditions que celles précédemment développées concernant la personne née et vivante. La pratique se révélera moins aisée car l'enfant étant *in utero* il semble difficile de contraindre la mère à accepter des soins pour son enfant. Dans l'hypothèse d'un refus, il conviendra

¹⁰³⁸ Source : <http://www.genethique.org/fr/content/le-foetus-un-patient#.WSLfW-vyjX4> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

¹⁰³⁹ Source : <http://www.genethique.org/fr/chirurgie-foetale-tout-etre-humain-doit-etre-considere-meme-avant-quil-ne-naisse-avant-tout-comme-un#.WSLe1OvyjX4> (dernière consultation le 15 septembre 2017).

d'envisager la responsabilité pénale de la mère. En effet, le fait que le fœtus soit encore abrité par sa mère emporte certaines particularités qui rendent nécessaire l'adaptation de ces infractions. Cette dernière peut être l'auteur de ces infractions, dont la qualification comportera parfois des incertitudes.

B. Les infractions commises par la mère

375. L'influence de l'état de grossesse sur la qualification des infractions – De la même manière qu'un tiers peut commettre une infraction à l'encontre de l'enfant à naître, la mère peut attenter à l'intégrité physique ou à la vie de l'enfant. Néanmoins, son état de grossesse rend l'enfant dépendant de sa mère en ce sens que la libre disposition de son corps peut parfois se répercuter sur l'enfant et lui porter atteinte. Par conséquent, une concurrence s'installe entre la protection de l'intégrité physique et de la vie de l'enfant à naître d'une part, et la liberté corporelle de la femme d'autre part. Cette autonomie personnelle comporte une assise considérable dont la portée se révélera tant dans les infractions volontaires que dans les infractions involontaires.

376. La mise en balance des valeurs sociales véhiculées par le corps de la mère et celui du fœtus – La fonction de support des valeurs sociales protégées occupée par le corps est particulièrement illustrée dans ces hypothèses. En ce qu'il véhicule des biens juridiques protégés qui seront parfois en concurrence avec ceux portés par le corps de sa mère, le traitement conféré au corps de l'enfant est soumis au résultat de la mise en balance des valeurs sociales effectuée dans ces hypothèses. Cette question atteint par ailleurs son paroxysme lors d'une interruption médicale de grossesse.

377. Annonce de plan – L'étude des infractions commises par la mère sera analysée d'abord au travers des atteintes commises hors activité médicale (1), puis au travers de l'interruption médicale de grossesse (2).

1) Les atteintes commises hors activité médicale

378. Les atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique de l'enfant à naître –

L'enfant étant une personne à part entière, la mère est également susceptible de commettre certaines infractions à son encontre. Si, par exemple, la mère donne des coups à son enfant les éléments constitutifs des violences sont identiques à ceux précédemment étudiés lorsqu'un tiers commet l'infraction. L'acte reste donc punissable, avec cette nuance que les violences doivent être suffisamment graves pour que le résultat soit visible *ex utero*. En effet, l'interruption totale de travail ne peut être évaluée avec certitude durant la grossesse et seules subsisteront certaines séquelles, qui participeront à la qualification de l'infraction.

Ensuite, le fait de donner volontairement la mort à son enfant, peut recevoir la qualification d'homicide volontaire ou d'assassinat. Le spectre de l'ancienne infraction d'auto-avortement surgit alors. En effet, l'élément matériel serait constitué par l'éviction du fœtus. L'élément moral qui conduit à l'acte meurtrier de la mère serait constitué également car elle met fin aux jours de l'enfant pour mettre un terme à sa grossesse. Cette solution s'impose de prime abord, puisque l'enfant viable est une personne à part entière. Toutefois, ce serait là empiéter sur la liberté corporelle de la mère à la faveur de la vie de l'enfant. Or, le fait que le corps de la mère soit le réceptacle de l'enfant, couplé à la liberté corporelle dont elle dispose interroge. Il n'est pas exclu de ne pas pénaliser à nouveau cet acte sans pour autant que cela remette en cause la qualité de personne humaine de l'enfant. Il peut en effet être choisi de faire primer la liberté corporelle de la mère car d'une part elle abrite l'enfant et, d'autre part, elle est la première bénéficiaire de la liberté de procréation. Dès lors, ces éléments peuvent conduire à admettre une forme de supériorité des valeurs sociales véhiculées par le corps de la mère sur celles véhiculées par le corps de l'enfant¹⁰⁴⁰.

Si toutefois il est souhaité par le législateur que cet acte soit réprimé par une incrimination spéciale au regard de la victime et de la symbolique de l'acte, un article réprimant expressément l'autoavortement peut être ajouté dans la Section 1 du Chapitre Ier du Titre II du Livre II du Code pénal comprenant les atteintes volontaires à la vie. De même, l'hypothèse précédemment évoquée du refus par la mère d'une transfusion sanguine à l'enfant *in utero* soulève des interrogations car l'enfant décèdera des suites de ce refus, ou sera à tout le moins mis en danger. Cependant, la liberté corporelle de la mère est supérieure donc il faudrait en réalité nuancer le rayonnement de son autonomie personnelle. Il est alors envisageable de punir

¹⁰⁴⁰ Cette question trouvera notamment à s'appliquer dans le cadre d'une interruption médicale de grossesse, voir *infra* n° 380 s.

ce comportement sous la qualification de mise en danger délibérée d'autrui voire d'homicide volontaire.

L'homicide volontaire est une première illustration des problématiques qui entourent la question des infractions commises par la mère sur son enfant. La liberté corporelle dont elle dispose peut venir remettre en cause l'incrimination d'homicide volontaire car cela reviendrait à incriminer l'autoavortement. Plus encore, cette autonomie personnelle se manifeste expressément dans le cadre des infractions involontaires car le comportement fautif se confond généralement avec les activités pratiquées, quotidiennement, ou non, par la mère.

379. Les atteintes à l'intégrité physique – Le corps de la mère est le réceptacle de l'enfant ce qui la rend responsable, dans une certaine mesure, de l'intégrité physique de ce dernier, de par son comportement et plus généralement par l'exercice de sa liberté corporelle. Il faut donc distinguer ce qui relève des violences volontaires et ce qui relève des violences involontaires. Cette dernière hypothèse illustre la mise en balance qui s'effectue entre l'intégrité physique de l'enfant et la liberté corporelle de la femme. Ainsi, une atteinte à l'intégrité physique du fœtus peut être constituée par la prise de stupéfiants ou par une consommation excessive d'alcool durant la grossesse et qui aurait eu pour résultat de causer des malformations à l'enfant. Dans ce cas, la qualification d'administration de substances nuisibles peut être envisagée car la mère aura fait absorber à l'enfant une substance non mortifère. Les substances ne sont qualifiées de nuisibles que par leur effet potentiel et « apparaissent donc comme toutes celles qui sont de nature à porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne »¹⁰⁴¹. Or, l'alcool ou les stupéfiants consommés en trop grandes doses par la mère pourraient devenir nuisibles pour l'enfant¹⁰⁴².

Cependant, dans cette conception tout comportement attentatoire à la santé de l'enfant, même relevant des activités habituelles de la mère, pourrait être qualifié de violences. Si la mère ingère par exemple de l'alcool, c'est avant tout un acte qu'elle effectue pour elle-même et non contre l'enfant, dont l'atteinte est une conséquence relevant de l'imprudence. De ce fait, si l'infraction de violences involontaires est retenue il faut admettre que par extension, l'autonomie personnelle de la mère sera réduite. En effet, certains comportements peuvent se

¹⁰⁴¹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁴² Sur l'alcoolisation prénatale du fœtus, voir par exemple <https://www.inserm.fr/actualites/rubriques/actualites-recherche/alcoolisation-prenatale-du-faetus-decryptage-d-un-mecanisme-cle-de-l-atteinte-cerebrale>, (dernière consultation le 15 septembre 2017).

révéler particulièrement imprudents mais la nuance entre un comportement particulièrement imprudent et simplement imprudent de la part de la mère semble trop ténue pour envisager d'incriminer ces infractions involontaires. En outre, il faut envisager la circonstance exceptionnelle du déni de grossesse, qui se traduit par une absence totale de conscience d'être enceinte. Dans le cas où le comportement de la mère causerait des lésions à l'intégrité physique ou à la vie de l'enfant et qu'il est fait état d'un déni de grossesse, son acte pourrait vraisemblablement être justifié au titre des troubles psychiques ou neuropsychiques, ce qui ferait obstacle à la qualification de l'infraction¹⁰⁴³.

Le choix de pénaliser les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique de l'enfant à naître peut toutefois être effectué par le législateur. En effet, au regard du lien de dépendance tissé entre le fœtus et sa mère, celui-ci subit inévitablement les conséquences résultant du comportement de sa mère. Le choix porte alors sur la valeur sociale que l'on souhaite faire primer. La liberté corporelle de la mère est omniprésente dans ces considérations, y compris concernant la pénalisation de l'homicide volontaire du fœtus, qui ne serait ni plus ni moins qu'une résurgence critiquable de la pénalisation de l'autoavortement. La délicatesse de ces considérations atteint enfin son paroxysme s'agissant de l'interruption médicale de grossesse, puisque cette opération porterait désormais sur une personne humaine.

2) *L'interruption médicale de grossesse*

380. L'interruption médicale de grossesse pratiquée lorsque l'enfant n'est pas viable – Si l'interruption volontaire de grossesse relève de la seule volonté de la mère, en ce sens qu'elle n'est contrainte par aucune nécessité médicale, il en va autrement lors d'une interruption médicale de grossesse. Cette opération peut être pratiquée dans le cas où « la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme », ou lorsqu'il « existe une forte probabilité pour que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »¹⁰⁴⁴. En d'autres termes, d'une part la vie du fœtus peut donc être sacrifiée au profit de celle de sa mère et, d'autre part, l'interruption

¹⁰⁴³ Comp. (enfant déjà né) Cour ass. de la Gironde, 7 septembre 2012 (irresponsabilité pénale pour troubles psychiques d'une mère ayant privé son enfant de soins ou d'aliments au point d'entraîner sa mort) ; O. DECIMA, « Le déni de grossesse, l'article 122-1 du code pénal et la faute », *AJ Pénal* 2012, p. 651 s.

¹⁰⁴⁴ Article L. 2213-1 al. 1^{er} du CSP.

médicale de grossesse peut consister à mettre fin à la vie d'autrui au motif que sa santé serait en danger.

Il faut tout d'abord envisager le cas où l'affection attenterait à la viabilité de l'enfant. Dans ce cas, au vu des critères de définition précédemment proposés il ne pourrait revêtir la qualité de personne humaine. Puisqu'il ne peut, par conséquent, être considéré comme victime d'une infraction, l'interruption médicale de grossesse ne renvoie pas dans cette hypothèse à ôter la vie à « autrui ». La législation actuelle continuerait à s'appliquer avec ce qu'elle comporte de controverses, qui seront étudiées ultérieurement. Si toutefois, à l'inverse, l'état de santé de l'enfant laisse présumer de sa viabilité, il s'agit d'une personne et de ce fait, l'interruption médicale de grossesse consiste à ôter la vie à « autrui ». Deux hypothèses sont alors à distinguer car soit il peut être mis fin à la grossesse pour préserver la santé ou la vie de la mère, soit elle peut être interrompue si l'enfant est atteint d'une affection particulièrement grave et incurable.

381. L'interruption médicale de grossesse liée à la santé ou la vie de la mère, pratiquée lorsque l'enfant est viable – Dans l'hypothèse où la grossesse mettrait en péril la santé ou la vie de la mère, deux valeurs sociales sont une fois de plus en conflit. L'autorisation de l'interruption médicale de grossesse implique donc de faire primer la santé d'une personne au détriment de la vie d'une autre. Le choix d'une interprétation stricte de la loi pénale peut amener le législateur à incriminer cet acte, dont la qualification qui s'applique au regard du droit positif est celle d'assassinat. Une incrimination spéciale peut également être envisagée, tenant compte de la particularité de l'état de grossesse pour justifier une sanction moins élevée. À l'inverse, il peut être choisi de faire primer la santé de la mère et il convient alors, aux fins d'étudier ces deux hypothèses, de déterminer dans quelle mesure un intérêt pourrait prendre le pas sur l'autre.

La justification de ce comportement serait fondée sur une autorisation de la loi, qui n'est autre que les dispositions actuelles¹⁰⁴⁵. Or, au regard du lien de dépendance qui unit l'enfant à sa mère le bon déroulement de la grossesse repose sur la vie, ou à tout le moins sur l'état de santé de la femme. En conséquence, ses intérêts peuvent être considérés comme supérieurs à la vie de l'enfant puisque cette dernière est conditionnée par la vie de sa mère, ou du moins par la santé de celle-ci. Au regard de ces considérations, il peut être envisagé que l'autorisation de la

¹⁰⁴⁵ Article L. 2213-1 du CSP.

loi, qui justifie l'interruption médicale de grossesse en droit positif, soit applicable à l'enfant à naître même si le commencement de la personne humaine a été avancé.

Il faut toutefois envisager la question de l'état de nécessité, qui pourrait éventuellement venir faire échec à cette proposition. Les arrêts rendus à propos du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse donnent de précieuses indications. En l'espèce, des individus s'introduisaient dans les cliniques ou hôpitaux et s'enchaînaient aux fins d'empêcher la réalisation des interruptions volontaires de grossesse. Les auteurs ont invoqué l'état de nécessité¹⁰⁴⁶ afin de soutenir que l'entrave à l'interruption de grossesse a préservé la sauvegarde de la vie de l'enfant, intérêt qu'ils considèrent comme supérieur. Les juges du tribunal correctionnel du Puy-en Velay ont rejeté ce fait justificatif au motif que « l'état de nécessité se définit comme la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un "intérêt supérieur", n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale, cet "intérêt supérieur" s'apprécie de façon objective ; il doit être perçu comme tel par tous ; il n'est pas possible à quelques-uns seulement – en raison de conceptions morales ou religieuses particulières – de s'ériger en juges de la valeur des intérêts à défendre ». Les juges ajoutent que « la loi, expression de la volonté générale, contient nécessairement la meilleure définition des intérêts supérieurs dont la mise en péril caractérise l'état de nécessité ; [...] pour rester sur le plan éthique, et s'il fallait vraiment conclure en termes d'"état de nécessité", on pourrait dire que le droit positif français a préféré l'"état de nécessité" de la femme à l'"état de nécessité" de l'embryon humain »¹⁰⁴⁷. Certains juges ont toutefois considéré l'état de nécessité, admettant par-là que le fœtus est une personne. Ce moyen a cependant été rejeté car le danger encouru par le fœtus est prévu par la loi ce qui justifie l'atteinte qui lui est portée. Enfin, la cour d'appel de Paris considère à son tour que l'interruption volontaire de grossesse étant prévue et encadrée par la loi, l'état de nécessité ne saurait être une cause de justification¹⁰⁴⁸. La liberté corporelle de la mère constituerait une fois de plus une justification à un acte qui pourrait être réprimé.

¹⁰⁴⁶ Article 122-7 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

¹⁰⁴⁷ Trib. corr. Le Puy-en-Velay 14 mars 1995 (à propos du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse) ; *Gaz. Pal.*, 1995, somm. n° 326. Dans le même sens, voir TGI Roanne 27 juin 1995, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, note BENNEAU.

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 15 février 1996, JurisData 1996-020271 ; *Gaz. Pal.* Février 1996, 1, chron. p. 128, note J.-P. DOUCET.

Cependant, lorsque seule la santé de l'enfant est en danger, il n'est pas acquis qu'un intérêt supplante sa vie.

382. L'interruption médicale de grossesse liée à la santé de l'enfant viable – Si la primauté de la vie de la mère peut constituer un intérêt supérieur, la question est toute autre lorsque la vie ou la santé de l'enfant viable sont en danger. De prime abord, et au vu de l'interprétation stricte de la loi pénale, cette opération pourrait être qualifiée d'assassinat. Comme dans le cas précédent, le législateur peut incriminer cet acte mais aussi admettre une cause de justification, à l'issue d'une mise en balance des intérêts qui serait couplée au choix de la politique criminelle qu'il souhaite adopter. En d'autres termes, il faut déterminer dans quelle mesure l'on admet le rayonnement du statut de personne humaine dans le cas de l'enfant à naître.

Concernant sa vie, le fait d'abrèger la vie de l'enfant à naître atteint d'une affection incurable et d'une particulière gravité n'est pas sans similarités avec la question de la fin de vie, à cette différence considérable que l'enfant à naître ne peut donner son consentement et que la décision revient par conséquent à la mère. Les dispositions de la Loi du 2 février 2016¹⁰⁴⁹ peuvent constituer une source d'inspiration adaptée à l'interruption médicale de grossesse. Le patient ne pouvant exprimer sa volonté peut bénéficier, au titre de l'article L. 1110-5-2 alinéa 3 du Code de la santé publique, d'une « sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à des analgésiques », lorsque le médecin arrête un traitement au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique. La décision est prise dans le cadre d'une procédure collégiale et l'article R. 4127-37- III alinéa 2 de ce Code dispose que « lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ». Le fœtus étant par définition hors d'état d'exprimer sa volonté, ces articles viennent au soutien d'une position favorable à l'interruption médicale de grossesse lorsque la vie de l'enfant est en danger. Au surplus, si les examens révèlent que la mort de l'enfant *in utero* est imminente ou surviendra très peu de temps après sa naissance, l'enfant ne sera probablement pas considéré comme viable par les équipes médicales. Aussi, l'interruption de grossesse envisagée lorsque la vie de l'enfant est en danger ne semble pas dénoter d'obstacles majeurs. En outre, la CEDH a récemment admis

¹⁰⁴⁹ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016. Voir *supra* n° 246.

que l'intérêt de l'enfant pouvait résider dans le fait de ne pas souffrir et a ainsi donné raison à l'hôpital qui souhaitait mettre fin au traitement maintenant artificiellement en vie un bébé¹⁰⁵⁰. En l'espèce, Charles Gard, âgé de onze mois, était atteint d'une maladie mortelle. L'hôpital demanda aux tribunaux internes un jugement déclaratoire permettant de mettre fin au traitement de l'enfant. Les parents, qui souhaitaient lui administrer un traitement expérimental aux États-Unis, demandèrent aux tribunaux de reconnaître que cette procédure était dans l'intérêt de ce dernier. Les juridictions internes ayant estimé que l'hôpital pouvait mettre fin à la vie de l'enfant, les parents saisirent la CEDH. Les requérants soutenaient d'une part que l'hôpital avait empêché l'accès au traitement, violant ainsi l'article 2 de la CESDH et, d'autre part, que les décisions des juridictions internes constituaient une ingérence disproportionnée dans leurs droits parentaux. Bien que l'enfant fut né, cet exemple est éloquent en ce sens que la Cour a considéré qu'il était dans son intérêt de procéder à l'arrêt des soins, eu égard aux risques de souffrances que le traitement aurait probablement engendré. En d'autres termes, la Cour considère qu'il va dans l'intérêt de l'enfant de ne pas souffrir bien que cela entraîne l'arrêt du traitement qui le maintient en vie. Toutefois, la notion de souffrance est relative car en l'espèce, le corps médical était unanime quant aux risques encourus et quant à l'obstination déraisonnable des parents. En réalité, seules soulèvent de réelles difficultés les affections jugées particulièrement graves mais n'affectant pas la vie de l'enfant, à l'instar de la trisomie 21.

En effet, dans ce cas la vie de l'enfant à naître est mise en balance avec sa santé, notion étendue et reliée de manière générale aux conditions de vie. Les termes de « maladie grave » sont évolutifs, voire interprétés largement. Cet exemple en témoigne car s'il est vrai que certains enfants trisomiques sont atteints de malformations graves mettant leur vie en danger, tel n'est pas le cas de chacun d'eux. Dès lors que l'enfant revêt la qualité de personne, il faut admettre que la démarche entreprise jusqu'ici conduit à ne pas justifier l'interruption médicale de grossesse pratiquée lorsque la viabilité de l'enfant n'est pas atteinte. Cependant, d'autres arguments peuvent être invoqués en faveur de cette intervention. Il faut alors étudier les

¹⁰⁵⁰ CEDH, 27 juin 2017, n° 39793/17, *Charles Gard et a.c c/ Royaume-Uni*. Par ailleurs, le Conseil d'État a considéré, s'agissant du cas d'une enfant de quinze mois lourdement handicapée, que la situation ne relevait pas d'une obstination déraisonnable au regard du caractère incertain de l'évolution de l'enfant, voir CE, 8 mars 2017, n° 408146 (*Assistance Publique – Hôpitaux de Marseille*) ; D. THOUVENIN, « L'arrêt de traitement qui mettrait fin à la vie d'une très jeune enfant : un bébé n'est pas un adulte en réduction », *RDSS* 2017, p. 698 s., note sous arrêt. Voir à l'inverse CE, 5 janvier 2018, n° 416689 ; X. BIOY, *AJDA* janvier 2018, p. 518 : une patiente mineure était atteinte d'une maladie auto-immune ayant causé de graves lésions neurologiques. Au vu de l'état de santé de l'enfant et de la quasi-certitude d'une absence d'amélioration possible, le juge administratif a validé la décision d'arrêt des soins.

différentes théories juridiques ainsi que les considérations sociales et éthiques qui pourraient aboutir à étendre cette opération à l'enfant viable.

383. Les dérogations juridiques au droit à la vie – Au regard des entorses faites à la vie de l'être humain il faut d'abord identifier l'entrée de cette valeur sociale dans la sphère juridique, soit les situations dans lesquelles le droit autorise ces entorses. Le droit à la vie est un droit fondamental reconnu à tout être humain dès le commencement de sa vie mais il subit des atteintes tout d'abord lorsque les êtres humains ne sont pas encore des personnes. En effet, à la lecture des lois du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse et du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, la vie débute à la conception et l'article 16 du Code civil dispose par ailleurs que la loi « garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Cependant, la protection du droit à la vie est irrégulière car comme le relève C. PUIGELIER, l'eugénisme ou le clonage sont interdits mais parallèlement la loi autorise « le triage de bons et mauvais embryons » par le jeu du diagnostic préimplantatoire¹⁰⁵¹ ou par la recherche sur l'embryon¹⁰⁵². Dès lors, à quel moment et sur quels fondements le droit considère que la vie peut faire l'objet d'un droit ? Au surplus, pour reprendre les propos de C. PUIGELIER, « le droit à la vie d'un juge ne sera pas le droit à la vie d'un autre juge sur plusieurs décennies, voire sur quelques années. Le droit à la vie, parce qu'il provient d'une norme malléable, peut évoluer, c'est-à-dire s'affirmer, s'agrandir, ou disparaître »¹⁰⁵³.

En dehors de l'hypothèse de la fin de vie mais qui ne s'applique donc pas ici, le droit ne semble pas autoriser d'atteintes à cette valeur sociale lorsque l'être humain est une personne. Parmi les dispositions pénales, le moyen fondé sur l'état de nécessité invoqué par les auteurs de l'infraction d'entrave à l'interruption de grossesse¹⁰⁵⁴ aurait pu être un indice mais il n'en est rien. Ce moyen a été retenu par certains juges, qui ont donc admis que le fœtus était une personne mais qui ont considéré que ce fait justificatif ne s'appliquait pas en l'espèce car la loi avait tranché en faveur de la liberté corporelle de la femme. Cela ne fournit pas davantage d'indications car dans l'exemple du fœtus viable le législateur ne s'est pas prononcé.

¹⁰⁵¹ C. PUIGELIER, « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2013, p. 2781 s., spéc. p. 2781. Sur le diagnostic préimplantatoire, voir *supra* n° 337.

¹⁰⁵² Sur la recherche sur les embryons, voir *supra* n° 261 s.

¹⁰⁵³ C. PUIGELIER, « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », art. préc., spéc. p. 2782. Plus généralement, sur les pratiques relevant de la sélection des personnes, voir C. LABRUSSE-RIOU, « La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances ? », art. préc.

¹⁰⁵⁴ Voir *supra* n° 381.

Cependant, le Rapport de M. BERGER sur le projet de loi n° 1927 relatif à l'interruption volontaire de grossesse¹⁰⁵⁵ précise que suite aux travaux préparatoires de la Loi du 17 janvier 1975¹⁰⁵⁶, ce nouveau projet de loi ne précise plus les cas où l'avortement est licite. En effet, « les cas des malformations prévisibles avait [également] paru de nature à justifier un avortement. Mais tout jugement est impossible en cette matière douloureuse »¹⁰⁵⁷. Le projet de loi élargit par ailleurs le recours à l'interruption volontaire thérapeutique de grossesse « aux cas où il existe un risque élevé que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité »¹⁰⁵⁸.

En d'autres termes, le droit s'est seulement prononcé sur le droit à la vie de l'être humain qui n'est pas une personne aux yeux du législateur. L'interruption médicale de grossesse irait donc plus loin puisque ce droit ferait l'objet d'une dérogation alors même que le fœtus est une personne. En l'absence d'indications législatives plus précises il faut alors s'éloigner quelque peu des considérations juridiques au sens strict, pour entrer dans celles qui sous-tendent l'interruption médicale de grossesse.

384. Les interrogations éthiques et sociales – Il ressort des travaux préparatoires de la Loi Veil une volonté de laisser la décision d'interrompre la grossesse pour des motifs médicaux à la femme, au regard du caractère subjectif de cette décision, fondée notamment sur la pénibilité de cette situation¹⁰⁵⁹. Le droit et la morale se frôlent alors et les considérations éthiques et sociales confèrent un caractère fluctuant aux règles de droit. D'aucuns soulèveront l'argument, par ailleurs non dénué de sens, qu'il est compréhensible et socialement acceptable d'admettre ce choix de la part des parents. Néanmoins, il faut dans ce cas prendre en considération la question du handicap et ce qui influe ou non dans son acceptation. C. LABRUSSE-RIOU relève le poids des normes sociales, qui guident de fait les décisions des

¹⁰⁵⁵ M. BERGER, Assemblée nationale, Rapport n° 1334 du 22 novembre 1974 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1297 relatif à l'interruption volontaire de la grossesse.

¹⁰⁵⁶ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JO du 18 janvier 1975.

¹⁰⁵⁷ M. BERGER, Assemblée nationale, Rapport n° 1334 du 22 novembre 1974 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1297 relatif à l'interruption volontaire de la grossesse, spéc. p. 10.

¹⁰⁵⁸ M. BERGER, Assemblée nationale, Rapport n° 1334 du 22 novembre 1974 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1297 relatif à l'interruption volontaire de la grossesse, spéc. p. 36.

¹⁰⁵⁹ M. BERGER, Assemblée nationale, Rapport n° 1334 du 22 novembre 1974 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1297 relatif à l'interruption volontaire de la grossesse, spéc. p. 36.

parents. Selon l'auteur, le choix n'est jamais en conséquence totalement libre et il faut ajouter à cela les progrès de la science en matière de diagnostic et de traitement, qui renforcent l'inacceptation du handicap¹⁰⁶⁰. Or, il n'est rien de plus subjectif que la qualité de vie. Se pose également la question de la dignité de la personne. Faut-il décider à sa place de ce qu'elle considère comme un « bien-être » ? La dignité, en son sens objectif, contredirait l'idée d'interrompre la grossesse dans ces hypothèses. Cependant, cette notion a été définie en son sens subjectif, comme le droit de chacun de décider de ce qui est bon pour lui. Or, l'état de grossesse ne permet pas à l'enfant d'exprimer, ni même de savoir, ce qui est bon pour lui, ce qui exclut la dignité comme fondement à l'interdiction de l'interruption médicale de grossesse.

En outre, la liberté corporelle de la mère comporte une assise particulière dans ce cas, puisque les difficultés tiennent essentiellement, en réalité, au fait que l'enfant ne puisse pas s'exprimer. Il a été observé que la liberté corporelle de la mère lui conférait un ascendant sur l'enfant du fait de cette dépendance qui le relie à elle et de la liberté de procréation dont elle dispose. Cette forme de supériorité pourrait justifier qu'elle décide à la place de l'enfant de la valeur de sa vie, entendue en son sens biologique comme qualitatif. Dans cette hypothèse, d'un côté l'autonomie de cette personne à naître est donc réduite à néant mais, d'un autre côté, il a été admis que l'enfant, même viable, bénéficiait d'une autonomie relative du fait de l'état de grossesse¹⁰⁶¹.

Pour reprendre les propos de C. LABRUSSE-RIOU, qui résume ces interrogations¹⁰⁶², « ou bien on reconnaît sans hypocrisie que l'eugénisme ne nous répugne pas et qu'il est licite parce que nous pensons que ces pratiques sont bonnes pour les individus et pour la collectivité. [...] Ou bien on considère que ces pratiques ne sont pas si bonnes qu'on le croit et que les risques de tous ordres sont supérieurs aux avantages. [...] On ne prend pas ce chemin tant il est difficile

¹⁰⁶⁰ C. LABRUSSE-RIOU, « La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances » ? », art. préc., spéc. p. 47.

¹⁰⁶¹ Voir *supra* n° 367.

¹⁰⁶² L'auteur traite des pratiques eugéniques au sens large, c'est-à-dire incluant également la sélection effectuée par exemple au cours d'une procréation médicalement assistée.

de revenir sur des permissions légales »¹⁰⁶³. Concrètement, si le choix est fait d'autoriser l'interruption médicale de grossesse même si l'enfant est viable, les textes actuels seraient repris dans leur rédaction, le Code de la santé publique précisant déjà que cette opération peut être pratiquée à tout moment de la grossesse. À l'inverse, si le législateur ne souhaite pas que cette opération soit appliquée sur l'enfant viable, il peut être précisé dans le texte que l'interruption médicale de grossesse peut avoir lieu tant que le seuil de la viabilité n'est pas atteint, avec ce que cela comporte d'incertitudes nécessitant donc une appréciation *in concreto*.

Il ressort de ces développements que l'enfant à naître peut être considéré comme victime, dans une certaine mesure, d'infractions commises à son encontre, à ceci près que lorsque la mère est auteur de l'infraction le droit doit s'adapter à quelques particularités. En effet, l'état de grossesse provoque une mise en balance entre les intérêts de la mère et ceux de l'enfant, mise en balance particulièrement révélée par l'interruption médicale de grossesse. Ainsi, les atteintes commises à l'encontre de l'intégrité physique et de la vie de l'enfant peuvent être sanctionnées sans difficulté lorsqu'elles sont commises par un tiers mais la qualification de ces infractions semble périlleuse lorsque l'auteur est la mère. En effet, la distinction entre l'imprudence relevant d'un comportement normal de sa part et l'imprudence relevant d'un comportement anormal est ténue.

385. Conclusion de la Section 2 – L'absence de statut du fœtus, souvent décriée par la doctrine, dénotait l'indifférence du législateur à l'égard de sa vie et trouvait son origine dans une confusion entre personne humaine et personne juridique. Or, il ressort de ces développements que la seconde notion permet d'exercer l'action en réparation du préjudice mais n'empêche pas la qualification de personne humaine qui, elle, permet d'être considéré comme « autrui ». Si le droit se doit d'établir un seuil à partir duquel la protection de la vie et la personne entrent dans la sphère juridique, il a été démontré que la viabilité pouvait être prise

¹⁰⁶³ C. LABRUSSE-RIOU, « La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances » ? », art. préc., spéc. p. 48. L'auteur appelle alors à une politique juridique « moins hypocrite et plus honnête », car « l'eugénisme dit libéral n'est pas un risque pour demain mais une réalité d'aujourd'hui ». C. LABRUSSE-RIOU explique enfin que si l'on reconnaît ces pratiques, il ne faudra pas s'étonner que certains enfants agissent en réparation du préjudice d'être né. Cet article s'inscrit néanmoins dans la Loi du 4 mars 2002 mettant fin à la jurisprudence *Perruche*, aux termes de laquelle l'enfant peut se prévaloir du préjudice d'être né handicapé, en l'espèce car les médecins n'ont pas détecté la maladie dont sa mère était atteinte. Désormais « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Voir Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, n° 99-13.701 ; *JCP G* 2000, II 10 438, act. p. 2267, note F. TERRE ; Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002.

comme critère de référence pour déterminer le début de la personne humaine, c'est-à-dire le seuil de commencement d' « autrui ». Cependant, il faut admettre que cette notion reste relative car chaque enfant est unique et ces critères ne sont pas infaillibles. Il est alors nécessaire, voire inévitable, de prendre en compte les particularités propres à la médecine et d'appréhender cette notion avec souplesse.

Ensuite, l'entrée du fœtus viable dans la sphère du droit pénal s'est traduite par l'application des dispositions pénales relatives aux atteintes à la personne, dans une certaine mesure, au regard de l'état de grossesse dont il faut tenir compte et qui exclut d'emblée certaines infractions. Il en est ressorti que la qualification, comme la justification des infractions ne diffèrent pas lorsque les tiers en sont l'auteur. En revanche, lorsque la mère commet une infraction volontaire ou involontaire, les éléments constitutifs peuvent parfois être difficiles à déceler car le fœtus est abrité dans le corps dont elle dispose. En conséquence, une mise en balance est nécessaire entre sa liberté corporelle d'une part et l'intégrité physique et la vie de l'enfant d'autre part. L'ultime représentation de ce dilemme est l'interruption médicale de grossesse. Parmi les différentes positions pouvant être adoptées par le législateur, il a été démontré que lorsque l'atteinte à l'enfant par la mère est incriminée c'est au détriment de son autonomie personnelle, donc chaque incrimination devra faire l'objet d'une pesée des intérêts protégés.

386. Conclusion du Chapitre 1 – Le fait de concevoir le corps humain sous le prisme de la personne humaine a permis de lui appliquer un régime qui s'est révélé favorable. Le droit pénal actuellement en vigueur a été exploité dans l'optique d'appliquer au corps personnifié un régime conforme à la catégorie juridique à laquelle il appartient. Le commencement de la personne humaine ayant été placé au seuil de la viabilité, la répression des atteintes commises par autrui a été appréhendée à la fois au travers des atteintes commises avant la naissance et de celles commises après la naissance.

Concernant la sanction des lésions non consenties commises après la naissance, des incriminations actuellement portées par le Code pénal s'est dégagé un régime binaire. Par principe, les atteintes aux valeurs sociales véhiculées par le corps personnifié sont réprimées mais parallèlement des atteintes non consenties sont parfois autorisées par la loi. Au regard de certains impératifs, comme la survie du patient, la primauté de la « valeur sociale vie » dont ce dernier bénéficie fait obstacle à la qualification de violences volontaires. La répression des

atteintes au corps humain fluctue donc en fonction de l'importance que revêt une valeur sociale par rapport à une autre, soumettant ainsi la protection du corps humain au résultat de cette mise en balance. Ensuite, le droit pénal commun a été exploité aux fins de remédier aux incohérences précédemment soulevées¹⁰⁶⁴ qui entachent notamment les dispositions relatives à l'éthique. À l'appui des valeurs sociales et des éléments constitutifs communs à certaines infractions, un rassemblement des incriminations dans le Livre II du Code pénal a pu être proposé. Enfin, la définition de certains éléments constitutifs a pu être précisée, le tout dans le but d'aboutir à un régime plus accessible et conforme à la nature du corps humain. **L'appréhension du corps personnifié sous le prisme de la personne a permis de pallier les inconvénients précédemment constatés en proposant d'exploiter, voire d'étendre, les dispositions pénales existantes.**

Concernant la sanction des lésions non consenties commises avant la naissance, il a été démontré que le droit pénal pouvait s'appliquer à l'enfant à naître et s'adapter au fait que la personne ne soit pas encore née. Le fœtus pourrait en effet répondre à la qualification de personne humaine dès lors que sa viabilité est reconnue et pourrait bénéficier à ce titre des valeurs sociales relatives à la personne. Il a été proposé que les lésions corporelles infligées à l'enfant par un tiers soient réprimées mais si cela ne soulève pas de difficultés particulières, il en va autrement des atteintes commises par la mère. En effet, l'incrimination d'homicide volontaire reviendrait par exemple à incriminer l'autoavortement. De même, l'incrimination des infractions involontaires semble périlleuse car ces dernières trouveraient leur origine dans le comportement de la mère et seraient parfois causées par l'exercice de sa liberté individuelle. Enfin, l'interruption médicale de grossesse a soulevé de nombreuses interrogations. Dans ces hypothèses, le choix de la politique à adopter repose sur l'importance que le législateur souhaite accorder aux valeurs sociales relatives à l'enfant et à la mère. En d'autres termes, **la pénalisation des infractions commises sur le fœtus viable est envisageable s'il est considéré comme une personne humaine, mais cela dépend du rayonnement de ce statut car l'enfant à naître bénéficie de valeurs sociales qui sont en concours permanent avec celles véhiculées par le corps de la mère.**

Le régime de la personne humaine comporte toutefois un autre versant. En effet, la répression des atteintes non consenties commises par autrui sont réprimées dans le but de

¹⁰⁶⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre I.

protéger l'individu contre des agressions extérieures et, parallèlement, la question reste ouverte quant aux atteintes consenties commises par autrui.

Chapitre 2 : Le renforcement de la justification des atteintes consenties

387. L'hypothèse d'une consécration législative de la valeur sociale autonomie personnelle – Les développements précédents ont mis en lumière l'intervention du droit pénal dans la relation non consentie de l'individu à autrui mais celui-ci intervient également lorsque l'individu souhaite se mettre à la disposition d'autrui. Dans ces hypothèses, le droit pénal ne protège pas la « volonté de ne pas être touché » mais, au contraire, la volonté d'être atteint par autrui, qu'il encadre au travers du principe d'indisponibilité du corps humain.

L'autonomie personnelle connaît toutefois plusieurs degrés. Elle se montre d'abord omniprésente lorsqu'il s'agit d'un rapport à soi-même, en dehors de l'intervention d'autrui. Par exemple, le droit pénal ne s'immisce pas dans le for intérieur de l'individu qui souhaite mettre fin à ses jours. La dépénalisation du suicide est entrée en vigueur avec le Code pénal napoléonien et a mis fin au temps où l'on pouvait faire un procès au cadavre. L'impunité de cette atteinte à la vie, pourtant considérée comme la valeur sociale suprême, couplée à l'impunité de la lésion à sa propre intégrité physique interroge sur les fondements du consentement à la lésion de soi-même. Malgré le fait que dans ces exemples l'autonomie personnelle soit poussée à son paroxysme, il faut se garder d'y voir une quelconque fonction du consentement car le droit pénal est en réalité exclu de ce rapport de soi à soi. Par conséquent, l'impunité de l'auto-lésion ne saurait être assimilée à une libre disposition générale de la « valeur sociale intégrité physique ». En réalité, il existe selon X. PIN une confusion entre l'auteur et la victime qui déclenche un mécanisme exonérateur de responsabilité, non en ce qu'il

justifie l'infraction mais en ce qu'il l'anéantit à la source¹⁰⁶⁵. Faute d'auteur ou de victime, l'on entre dans une « zone de non droit pénal »¹⁰⁶⁶. En conséquence et selon l'auteur, la question de la disponibilité ou non de la valeur sociale lésée ne peut se poser car « la confusion ne nous permet pas de dire si le bien lésé était susceptible de disposition volontaire, il s'agit d'un mécanisme exonérateur différent de celui des actes permissifs »¹⁰⁶⁷. Ces hypothèses ne soulèvent donc pas de difficultés en droit pénal, qui ne trouve à s'appliquer que lorsque le sujet interagit avec un tiers. Par conséquent seules ces hypothèses seront traitées.

Dès lors qu'un acte inclut l'intervention d'un tiers, il entraîne un trouble à l'ordre public car le consentement de la personne n'est pas une cause de justification. Cependant, le législateur a opéré de nombreuses entorses à ce principe et la loi autorise certaines atteintes dont les fondements sont divers. En conséquence, la pérennité du principe d'indisponibilité du corps humain interroge car les exceptions semblent plus nombreuses que les interdictions. Surtout, les fondements de ces interdictions, dont le corollaire est inévitablement la restriction de la liberté de la personne, sont contestés. Le corps humain révèle en effet ce qu'il y a de plus intime chez la personne et il semble parfois périlleux de faire intervenir le droit, pourtant nécessaire dans ce domaine. Il n'en reste pas moins que l'assise de l'autonomie personnelle ne cesse de s'accroître, tant en droit interne qu'en droit international, ce qui interroge sur la fonction du consentement dans l'infraction. La liberté corporelle pourrait en effet devenir une valeur sociale consacrée par le législateur afin d'apporter de la cohérence à cet ensemble mais il faudrait alors admettre que l'exception puisse devenir le principe. Il n'est pas acquis que le droit pénal puisse aller en ce sens mais cela ne signifie pas qu'il ne peut pas évoluer.

¹⁰⁶⁵ Le choix d'un individu d'apposer des marques temporaires ou indélébiles sur son corps relève purement de l'autonomie personnelle et ne saurait être réprimé. Aucune incrimination ne vient réprimer le fait de se scarifier, de s'arracher les cheveux, les ongles, ou encore de se suicider. X. PIN explique ce constat par un « phénomène de confusion », soit « la réunion des qualités d'auteur et de victime qui exclut une quelconque responsabilité pénale et, mieux encore, qui exclut le droit pénal. Avec l'auto-lésion, on entre dans le for intérieur, on quitte l'ordre social (l'ordre juridique) pour une “zone de non droit pénal” », X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 209 s. L'auteur ajoute que bien entendu, cela n'exclut pas la responsabilité de l'« auteur » dans le cas où son geste viendrait à causer un dommage à un tiers ou, de manière générale, « lèse un intérêt qui le dépasse » (exemple de celui qui s'automutile pour échapper au Service National). Voir également, du même auteur, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 2009, n° 49, p. 83 s., spéc. p. 89.

¹⁰⁶⁶ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit. p. 209 s.

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*. L'auteur ajoute néanmoins que cette « zone de non droit » peut entraîner des conséquences juridiques, « dès qu'un intérêt extérieur est touché par le suicide ou l'automutilation, l'altérité fait naître le droit », spéc. p. 210.

La répression des lésions commises par soi-même sera donc analysée dans un premier temps au travers de la manière dont le droit pénal appréhende la disposition de soi, laquelle se montre ambivalente (**Section 1**). Il sera démontré dans un second temps que si l'autonomie personnelle ne peut faire l'objet d'une reconnaissance pleine et entière, elle peut à tout le moins, être affirmée (**Section 2**).

Section 1 : L'ambivalence de la disposition de soi en droit pénal

388. La fluctuation de l'autonomie personnelle en droit pénal – Le consentement ne peut en principe être conçu comme un fait justificatif¹⁰⁶⁸ en dehors des cas prévus par la loi. Comme le souligne X. PIN, la majorité de la doctrine se trouve dans l'embarras¹⁰⁶⁹ car elle maintient le principe d'indifférence au consentement¹⁰⁷⁰ tout en étant dans l'obligation de reconnaître les entorses qui lui sont portées. Pour reprendre l'analyse de l'auteur, « il ne serait [d'ailleurs] pas irréaliste de considérer que le principe est non celui de l'indisponibilité du corps, mais celui de la disposition de soi, à condition d'ajouter que cette disposition ne doit pas être libre, compte tenu de l'existence d'un ordre public de protection individuelle »¹⁰⁷¹.

Le droit pénal oscille entre ces deux positions car si le consentement ne peut, dans un système légaliste, justifier une infraction, certaines violences consenties sont justifiées. Ces actes, rendus communs par la pratique et que l'on n'envisagerait pas d'interdire, sont pourtant des atteintes commises par autrui. Le législateur a le pouvoir de maintenir l'indisponibilité du corps humain mais, parallèlement, l'autonomie personnelle comporte une assise indéniable. L'analyse mettra en lumière certaines disparités qui interrogent sur la conduite adoptée par le législateur. En outre, si la libre disposition de soi est prohibée pour des motifs tenant à l'ordre public, il n'en reste pas moins que cette interdiction crée une immixtion dans la vie privée des individus. Cette forme de « dirigisme »¹⁰⁷² est parfois contestée, en ce qu'elle impose une morale dont les fondements sont souvent remis en cause.

¹⁰⁶⁸ Parmi les nombreux auteurs en ce sens, voir notamment P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 159 s.

¹⁰⁶⁹ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 86 s.

¹⁰⁷⁰ Voir cependant F. ALT-MAES, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, p. 244 s. ; X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc. ; PH. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699 s. ; F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit. ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit. Selon X. PIN, cette position relève également de la prudence : « en effet, tant que la question de la libre disposition de soi n'est pas tranchée par le droit civil ou le droit public, il n'est pas déraisonnable de s'en tenir à un principe surprotecteur (la répression de toute forme d'atteinte corporelle ou psychique), quitte à admettre des exceptions (l'exonération de certaines atteintes consenties), X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 86, note n° 2.

¹⁰⁷¹ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 97.

¹⁰⁷² Terme emprunté à E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », art. préc., spéc. p. 2731.

389. Annonce de plan – L’indisponibilité du corps humain connaît alors autant d’affirmations que d’exceptions. Le rapport de la personne à son corps semble régi par une interdiction controversée de la libre disposition de soi (§1), à laquelle il faut ajouter l’autorisation de nombreuses pratiques traduisant les manifestations extensives de la libre disposition de soi (§2).

§ 1 - L’interdiction controversée de la libre disposition de soi

390. La justification de l’immixtion de la loi dans le rapport à autrui – Si le droit pénal ne saurait trouver sa place dans une relation exclusive à soi-même, l’intervention d’autrui renverse la perspective car ce dernier est présumé représenter un danger. Le législateur pénal s’efforce alors de protéger l’individu contre les actes des tiers, notamment grâce à l’absence de caractère justificatif du consentement. À l’origine, ce principe n’a pas à l’origine pour objet de limiter l’individu dans ses actes mais de le tenir à l’écart de l’autre, dont le comportement jugé par principe illicite est susceptible de lui nuire. Cependant, si la répression intervient alors même que la victime est consentante, voire est à l’origine de l’acte, l’intervention pénale prend sa source aussi dans la protection de l’individu contre lui-même.

L’on s’interroge alors sur le fondement de cette intrusion qui justifie que le rapport à l’autre et, par extension, le rapport à soi, se trouvent limité. Il s’agit en effet d’imposer certaines considérations morales à l’individu, sous couvert de cette protection qui lui est due. Par ailleurs, cette immixtion trouve son origine dans des concepts qui soulèvent nombre de controverses, tant par leur contenu que par la fonction juridique qui leur est attribuée. Plus particulièrement, certains domaines comme la prostitution constituent des exemples éloquentes des concepts de bonnes mœurs, de moralité ou de dignité qui sous-tendent ces interdictions, aussi seront-ils mis à profit.

Cette ambivalence se manifeste ici par le fait que le droit pénal se veut protecteur de la personne et porte en lui l’indisponibilité des valeurs sociales protégées (A). Ce principe n’est toutefois pas sans soulever de réserves car cette protection de l’individu contre lui-même peut se révéler opprimante (B).

A. L'indisponibilité protectrice des valeurs sociales protégées

391. L'intervention d'autrui, créatrice de l'infraction – Solliciter des lésions corporelles à autrui peut revêtir plusieurs formes et avoir différents facteurs pour origine¹⁰⁷³. Aussi, la protection de l'individu contre les tiers ne peut pas admettre que la volonté individuelle puisse contrevenir à la norme. Les caractéristiques de l'esprit humain sont d'une nature à ce point variée qu'une conception légaliste est préférable. Il faudra donc admettre que le droit pénal s'insère, de ce fait, dans la vie privée des individus, au travers d'interdictions multiples. Les hypothèses pouvant servir d'illustration sont nombreuses, aussi s'appuiera-t-on sur des exemples de gravité et de nature différentes aux fins d'identifier les interrogations qu'ils soulèvent. En effet, le caractère répressif du droit pénal s'exprime particulièrement en matière de violences ou d'homicide, mais également dans la restriction de la liberté sexuelle des individus. Ces exemples, accompagnés de celui de la gestation pour autrui, ont en commun de soulever une réprobation sociale d'importance variable, ce qui permettra de construire un premier aperçu du champ d'intervention du droit pénal dans les atteintes consenties.

392. Annonce de plan - La répression du trouble à l'ordre public se traduit donc par l'absence de caractère justificatif du consentement (2), et par le fait qu'autrui soit considéré comme le déclencheur de l'intervention du droit pénal (1).

1) *Autrui, déclencheur de l'intervention du droit pénal*

393. L'interdiction des actes d'une gravité extrême commis par un tiers – Solliciter la violence d'autrui trouve sa source dans diverses motivations. Les tortures sont par exemple réprimées et l'interdiction de la torture et des mauvais traitements engendrent un droit auquel il n'est pas possible de renoncer¹⁰⁷⁴. La gravité de l'acte peut atteindre son paroxysme et se traduire par la mort. De manière générale, la question de la mort illustre le renversement de perspective auquel l'on assiste dès qu'un tiers intervient. Alors qu'il est impensable de pénaliser

¹⁰⁷³ Le droit positif sanctionne par exemple le duel, sous la qualification d'assassinat ou de violences volontaires, mais pour des raisons qui tiennent cette fois au respect des « valeurs sociales vie et intégrité physique » et non car la société perdait un trop grand nombre de défenseurs, voir J.-P. DOUCET, *La protection de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁷⁴ Article 3 de la CESDH.

le suicide, ce même acte commis par autrui prend une dimension tout autre. Il ne s'agit plus d'un rapport exclusif à soi-même, créateur d'une intimité dans laquelle le droit pénal n'a pas à s'insérer. Le fait d'inclure le tiers dans la concrétisation du désir de mourir fait disparaître cette intimité et imprègne l'acte d'illicéité. En matière de fin de vie, l'acte entre dans la sphère pénale si le patient ne remplit pas les conditions légales car il ne s'agit alors que d'« un acte homicide commis par un infracteur animé d'un mobile particulier »¹⁰⁷⁵. La volonté de mourir ne peut actuellement prendre le pas sur la protection de la vie¹⁰⁷⁶ car cette valeur sociale est indisponible. Pourtant, il sera observé que cet acte reçoit une forme d'approbation sociale au travers de la fin de vie. Ce n'est donc pas tant le résultat de l'acte qui importe, que ce qu'il dénote du comportement de l'individu. Seul l'acte commis sur une personne en fin de vie et ne répondant pas aux critères légaux ne suscitera pas la réprobation sociale, voire à l'inverse, donnera lieu à une forme d'approbation. Pourtant, certains actes qui n'entraînent ni la mort, ni la torture et, pour certains, qu'une faible réprobation sociale, sont interdits.

394. L'interdiction des actes d'une gravité relative commis par un tiers – Les atteintes consenties à l'intégrité physique entrent par principe dans la catégorie des violences. Ainsi, celui qui sollicite un tiers aux fins qu'il le scarifie, lui arrache les cheveux ou le mutilé crée un contexte délictueux que le tiers concrétise en passant à l'acte. L'auteur se rend donc coupable de violences ou de tortures et actes de barbarie puisque le consentement de la victime ne modifie en rien la qualification de l'infraction. De la même manière, le médecin qui procéderait à l'ablation d'un membre ou au prélèvement consenti d'un organe pour une raison autre que l'intérêt thérapeutique d'autrui, verrait sa responsabilité pénale engagée. Enfin, deux individus qui se battent se rendront coupables de violences au regard des lésions corporelles occasionnées.

De gravité variable, ces exemples témoignent de l'absence de caractère justificatif du consentement. Des violences légères suscitent une indifférence sociale mais sont tout aussi réprimées, sur le principe, qu'un homicide volontaire. La peine encourue et la peine prononcée s'en ressentent mais la gravité de l'acte ne modifie en rien l'intervention du droit pénal. L'intégrité physique et la vie constituent donc des valeurs sociales indisponibles, et une

¹⁰⁷⁵ F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., p. 75.

¹⁰⁷⁶ Voir par exemple A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », art. préc., spéc. p. 641 s. Sur la question de la justification de l'acte de donner la mort, voir *infra*, n° 449 s.

première illustration des limites à l'autonomie personnelle de la personne peut être donnée. La protection de l'individu prend ensuite d'autres formes, qui ont trait à son intégrité physique mais par le biais de sa liberté sexuelle.

395. Les limites à la liberté sexuelle – Au fil du temps, l'appréhension de la prostitution par le législateur pénal a évolué et a été récemment mis en œuvre au travers de deux démarches opposées. Si le racolage était auparavant sanctionné, la Loi du 13 avril 2016¹⁰⁷⁷ a abrogé cette incrimination et punit désormais le client¹⁰⁷⁸. Celui-ci devient alors le déclencheur de la répression d'un acte qui, en dehors du contexte prostitutionnel, ne saurait être sanctionné. En d'autres termes, le système français s'inscrit dans une tendance abolitionniste en ce qu'il vise à éradiquer ce phénomène en plaçant les prostituées au rang de victime¹⁰⁷⁹. Les dispositions se révèlent pourtant critiquables, notamment au regard du système actuel de la prostitution et de ses particularités. La Cour de cassation a défini la prostitution comme le fait de « se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »¹⁰⁸⁰. Les moyens mis en œuvre dans la perspective d'éradiquer ce phénomène s'axent autour de la baisse de la demande d'une part, et de la lutte contre les réseaux d'autre part¹⁰⁸¹. La pénalisation du client contribue à cet objectif, tout comme les mesures éducatives ou les stages de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels¹⁰⁸². Des mesures visant à sortir les prostituées de ce système et les accompagner dans

¹⁰⁷⁷ Loi n° 2016-44 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées. Pour davantage de développements sur ce point, voir notamment A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, 2015, p. 141 s. ; P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s. ; R. PARIZOT, « La prostitution, une infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373 s.

¹⁰⁷⁸ Sur les objectifs poursuivis par le législateur, voir notamment Assemblée nationale, Rapport n° 1360 du 17 septembre 2013 sur le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel. Pour un regard critique sur les dispositions de ce rapport, voir notamment P. MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G* 2013, n° 42, 1063.

¹⁰⁷⁹ N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Dalloz* 2016, chron. p. 1713 s., spéc. p. 1715. Certains pays choisissent à l'inverse le prohibitionnisme, qui vise à réprimer la prostitution sous toutes ses formes, ou le réglementarisme, qui tend à contrôler la prostitution à défaut de pouvoir l'éradiquer, celle-ci étant conçue comme « un mal nécessaire ». La Suède, dont la France s'est fortement inspirée, pénalise le fait de rémunérer un acte sexuel (Code pénal Suédois, Chapitre 6, Section 11). À l'inverse, l'Allemagne, l'Espagne et surtout Pays-Bas ont opté pour un système réglementariste.

¹⁰⁸⁰ Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016 ; *RSC* 1996, p. 853 s., obs. Y. MAYAUD.

¹⁰⁸¹ A. DARSONVILLE, « Lutter contre la prostitution sous la contrainte » (à propos de la proposition de loi adoptée le 4 décembre 2013), *Dalloz actualité*, 13 janvier 2014.

¹⁰⁸² Pour des détails sur ces mesures, voir par exemple B. LAVAUD-LEGENDRE, « Retour sur les objectifs de la loi de lutte contre le système prostitutionnel », *RSC* 2016, p. 725 s.

leurs démarches de réinsertion professionnelle sont également prévues, du moins telle est l'ambition de la Loi du 13 avril 2016.

La question de la prostitution engage en réalité celle de la rémunération, elle-même affectant la libre disposition de soi, ce qui contribue à l'intervention pénale. Un des principaux arguments à l'encontre de cette pratique consiste à la percevoir comme une atteinte à la dignité de la personne¹⁰⁸³, car le fait d'être rémunéré pour des services sexuels rabaisse, dans cette conception, le corps de la prostituée au rang de chose. Ce comportement serait attentatoire à l'humain, soit à la personne dans sa dimension collective. La prostitution serait, enfin, contraire au principe d'indisponibilité du corps humain¹⁰⁸⁴. Le contrat de prostitution constituerait une convention passée sur le corps, contraire au principe d'indisponibilité du corps humain et rendue illicite par les articles 16-1, 16-5 et 16-9 du Code civil. Cet argument pourra cependant être remis en cause au titre des nombreuses exceptions qui parsèment le champ de l'interdiction de la libre disposition de soi. Par ailleurs, la Loi du 13 avril 2016 a fait du contrat de prostitution¹⁰⁸⁵ une contrariété à l'ordre public, que A. QUESNE explique au travers de la vulnérabilité de la prostituée¹⁰⁸⁶. Son consentement est en effet vicié puisqu'elle se trouve dans une situation de dépendance économique à l'origine de sa vulnérabilité, qui devient une source de nullité du contrat. De même, le fait que l'achat d'un acte sexuel soit prohibé rend le but du contrat¹⁰⁸⁷ contraire à la loi et, partant, à l'ordre public textuel¹⁰⁸⁸. La doctrine dite de la victimisation va plus loin, en ce qu'elle considère la prostitution comme une violence¹⁰⁸⁹, fondée notamment sur une idée de domination masculine¹⁰⁹⁰. Cette théorie est contestable car, comme le relève A. CASADO, si l'absence de consentement constitue « le marqueur de la violence [or] l'absence de consentement ne peut être automatiquement établie »¹⁰⁹¹. Quels que soient les fondements de cette interdiction elle soulève, on le verra, davantage de controverses

¹⁰⁸³ Cette conception n'emporte cependant pas l'adhésion des juges supranationaux, voir *infra* n° 459.

¹⁰⁸⁴ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 92. ; A. DARSONVILLE, « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », art. préc.

¹⁰⁸⁵ Pour une étude détaillée de ce contrat, voir A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 389 s.

¹⁰⁸⁶ A. QUESNE, « La prostitution depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, sous l'angle du droit des contrats », *LPA* 16 février 2017, n° 34, p. 7 s., spéc. p. 11.

¹⁰⁸⁷ Anciennement dénommé « cause du contrat » avant la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, voir l'article 1162 nouveau du Code civil.

¹⁰⁸⁸ A. QUESNE, « La prostitution depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, sous l'angle du droit des contrats », art. préc., spéc. p. 11.

¹⁰⁸⁹ Voir A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 82 s.

¹⁰⁹⁰ « La prostitution est un acte de violence, les prostituées sont des victimes et les proxénètes des criminels », D. BORILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 144, cité par *ibid.*, p. 83.

¹⁰⁹¹ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 83.

que les exemples précédents, à l'instar de la gestation pour autrui, pratique réprimée également au nom de l'indisponibilité du corps humain et de la dignité de la personne.

396. L'interdiction de la gestation pour autrui – La femme dispose d'une liberté de procréation, qui se voit entravée par l'interdiction de porter un enfant pour le compte d'autrui. Le contrat de gestation pour autrui est en effet nul depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1991¹⁰⁹². Les conclusions de B. STIRN à l'occasion d'une affaire portée devant le Conseil d'État sont éloquentes, puisqu'il argue du fait que la gestation pour autrui « aliène le corps de la mère et dispose entièrement de celui de l'enfant »¹⁰⁹³. Le Conseil d'État, comme la Cour de cassation, se sont appuyés sur l'article 6 du Code civil, aux termes duquel il est interdit de déroger, par conventions, aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs, ainsi que sur l'ancien article 1128 du Code civil qui disposait que « seules les choses hors commerce peuvent faire l'objet de conventions ». L'argument de la réification de la femme sous-tend ces arrêts car la mère porteuse dispose de son corps aux fins de procréer pour le compte d'un tiers et dans des conditions qui peuvent faire douter de son consentement libre et éclairé. L'interdiction de cet acte repose donc sur l'intervention d'autrui, à laquelle la réponse pénale reste inadaptée car les incriminations, on l'a vu, répriment davantage des atteintes à la filiation que la mise à disposition par la femme de son corps, ou de son utilisation par un tiers. Ce constat a été relié aux maladresses dont fait preuve le droit pénal à l'égard des infractions qui, en ce qu'elles trouvent leur origine dans une appropriation de son corps, créent des contextes particuliers. Cependant, peut-être faut-il ajouter à cela que le droit pénal a du mal à appréhender l'autonomie personnelle et à sanctionner directement les actes qui en découlent. Cette hypothèse sera ultérieurement abordée au titre des fondements de l'autonomie personnelle, qui pourront peut-être permettre de préciser l'encadrement de la gestation pour autrui¹⁰⁹⁴. Il ressort de ces développements que l'intervention d'un tiers déclenche la répression pénale même si la victime consent à l'acte. Ceci s'explique par le fait que le consentement, même libre et éclairé, ne saurait revêtir un caractère justificatif.

¹⁰⁹² Cass. ass. plén. 31 mai 1991, arrêt préc. Voir *supra* n° 249.

¹⁰⁹³ B. STIRN, concl. sous CE ass., 22 janvier 1988 ; *RFDA* 1988, p. 102.

¹⁰⁹⁴ Voir *infra* n° 453 s.

2) *L'absence de caractère justificatif du consentement*

397. Les divergences doctrinales – La question, classique, du consentement dans la qualification de l'infraction divise quelque peu la doctrine. Certains auteurs adoptent une conception individualiste du droit pénal, et perçoivent le consentement comme un principe reflétant la liberté de l'homme. Le consentement serait ainsi un « fait justificatif autonome »¹⁰⁹⁵ car il comporte des limites, mais il est une cause générale de justification en ce qu'il enlève à l'acte son caractère illicite¹⁰⁹⁶. Pour d'autres encore, le consentement peut parfois neutraliser la constitution de l'infraction. Il sera en effet constaté que certaines infractions sont soumises, pour leur constitution, au refus de la victime¹⁰⁹⁷. Cela reste néanmoins confiné à des hypothèses particulières, qui seront ultérieurement étudiées. La majorité des auteurs enfin, considère qu'il ne peut être une cause de justification en dehors des cas où la loi le prévoit¹⁰⁹⁸ ce qui conforte le caractère légaliste du droit pénal, qui ne peut admettre toute imprévisibilité de la loi. En réalité les réticences de la doctrine, comme des juges, à admettre une nature justificative du consentement trouve son origine dans le caractère d'ordre public des incriminations, lui-même conduisant au principe d'indisponibilité de la norme pénale.

398. L'indisponibilité de la norme pénale – Il est vrai qu'une conception formelle de l'infraction¹⁰⁹⁹ ne peut admettre la neutralisation de la qualification pénale sans que la loi le prévoit. L'élaboration des causes de justification intervient en amont de l'incrimination et le consentement n'adopte un caractère justificatif qu'au terme d'une consécration législative¹¹⁰⁰. L'ordre public social en serait affecté car la volonté individuelle pourrait neutraliser la répression d'une atteinte causée avant tout à la collectivité. En effet, l'indisponibilité de la

¹⁰⁹⁵ Voir notamment P. ROUBIER, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. 224 s., cité par X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 211.

¹⁰⁹⁶ Voir par exemple F. ABDU, *Le consentement de la victime*, op. cit., p. 69. ; N. KABBAJ, *Le consentement de la victime*, Thèse, Montpellier, 1981, p. 102. Pour une présentation plus détaillée de ces différentes théories, voir X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 211 s.

¹⁰⁹⁷ En matière d'infractions sexuelles notamment, voir A. DARSONVILLE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2017.

¹⁰⁹⁸ Voir par exemple PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 159 s. ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 688 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 269 s.

¹⁰⁹⁹ Sur la conception de l'infraction, voir *supra* n° 136.

¹¹⁰⁰ En ce sens, voir X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 85 : « tout pénaliste, même s'il croit en la dimension expressive du droit pénal, est nécessairement légaliste ». L'auteur considère néanmoins que le consentement peut être une cause de justification si l'on admet la théorie de l'infraction juste, voir *supra* note n° 99.

norme pénale constitue l'un des principaux arguments avancés par les auteurs¹¹⁰¹. Il est incontestable qu'elle relève de l'ordre public et que, de ce fait, le consentement d'un individu à une infraction commise à son encontre ne peut justifier une remise en cause de cette norme, puisqu'elle protège avant tout l'intérêt général¹¹⁰². Par conséquent, la volonté individuelle aurait une assise considérable, ce qui engendrerait des règles collectives qui seraient reliées au for intérieur de chaque individu. Il sera en effet démontré que la lésion de soi-même peut être motivée par diverses raisons, attenantes à chaque individu. En d'autres termes, il existe autant de motifs que d'individus, ce qui en dit long sur l'atteinte qui serait portée au principe de légalité. Au surplus, les raisons qui poussent les « victimes » à solliciter ces actes ne relèvent pas du droit mais de la psychologie de la « victime ». Or, il semble dangereux de faire reposer l'infraction sur le for intérieur de cette dernière, notamment en ce que la preuve du consentement, on le verra, ne peut être exempte d'incertitudes. Pourtant, ces affirmations sont à relativiser car ces arguments peuvent être nuancés.

Il en résulte que, quels que soient les motifs ayant mené à l'acte et les valeurs sociales atteintes, le consentement à l'intervention d'un tiers n'occupe, par principe, aucune fonction dans la qualification de l'infraction. L'indisponibilité de la norme pénale notamment, contribue en effet à maintenir l'indisponibilité des valeurs sociales protégées, garante de la prévention et de la répression du trouble à l'ordre social. Cependant, ce principe implique inévitablement de réduire la liberté individuelle de la personne et justifie une ingérence, de la part de l'État, dans sa sphère privée.

B. La protection opprimante de l'individu contre lui-même

399. Les conséquences de la protection de l'individu sur sa vie privée – L'absence de justification du consentement induit *a priori* que le comportement de l'individu cause un trouble à l'ordre public, ce qui signifie que l'acte d'une seule personne engagerait la collectivité

¹¹⁰¹ Voir par exemple P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 159 s. Pour une présentation détaillée des arguments allant à l'encontre de cette reconnaissance, voir X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 93 s.

¹¹⁰² Comme le relève X. PIN, c'est sur ce fondement que la Cour de cassation s'appuie en matière d'homicide sur demande (Cass. crim. 27 avril 1815 et Cass. crim. 16 novembre 1827), de suicide collectif (Cass. crim. 23 juin 1838, *Bull. crim.* n° 177) de duels (Cass. crim. 22 juin 1837) ainsi que dans l'affaire dite des « stérilisés de Bordeaux » (Cass. crim. 1^{er} juillet 1937 ; *RSC* 1937 p. 680, note MAGNOL ; *D.* 1952, p. 53 s., note MAGNOL) ; X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 93 s.

toute entière. Or, il n'est pas acquis que la norme pénale soit indisponible car nombre d'exceptions viendront contredire cette affirmation. Ensuite, s'il existe des incriminations applicables à chacun, cela crée inévitablement une conduite imposée, qui trouve son fondement notamment dans la notion de dignité. La distinction entre le caractère objectif et subjectif de cette notion prend tout son sens lorsqu'il s'agit d'exercer ce droit ou de se voir limité par celui-ci. De manière générale, l'absence de caractère justificatif du consentement induit une idée de dirigisme dont les fondements sont remis en cause.

400. Annonce de plan – L'on voit poindre alors les premiers tempéraments de l'interdiction de la libre disposition de soi, d'une part car l'indisponibilité de la norme pénale peut être remise en cause (1) et, d'autre part, car l'immixtion dans la sphère privée de l'individu est contestable (2).

1) *La remise en cause de l'indisponibilité de la norme pénale*

401. La remise en cause de l'absence de caractère justificatif du consentement – Bien que la primauté de la volonté individuelle paraisse attentatoire à l'indisponibilité de la norme pénale, pour reprendre l'analyse de X. PIN cet argument ne convainc guère car ce caractère d'ordre public n'est pas exclusif du caractère justificatif du consentement¹¹⁰³. Il convient de différencier le fait d'imposer la loi pénale contre la volonté des particuliers, du fait d'y déroger par convention ou acte unilatéral. L'auteur s'appuie sur l'exemple du viol et explique que le consentement antérieur ou concomitant de la « victime » neutralise la qualification sans pour autant que cette incrimination soit d'ordre privé. Ensuite, l'acte de l'individu sur *son* corps entraînerait une atteinte *au* corps, car l'indisponibilité du corps humain consisterait à étendre la lésion consentie par un individu à une infraction commise à l'ensemble du corps social¹¹⁰⁴. Or, il sera démontré que ce principe subit un nombre considérable

¹¹⁰³ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 95. Selon l'auteur, « dire que l'incrimination est d'ordre public c'est uniquement dire qu'aucune convention, ni aucun acte unilatéral émanant d'un particulier ne peut y déroger. Ainsi, nul ne prétend par exemple que les incriminations du vol ou du viol sont d'ordre privé au motif qu'un consentement antérieur ou concomitant s'oppose à leur réalisation. [...] Autrement dit, il n'est pas pertinent d'avancer que le consentement est inefficace parce que la norme pénale est d'ordre public car, sous réserve des délits de plainte, la norme pénale est toujours d'ordre public ».

¹¹⁰⁴ En ce sens, voir *Ibidem* : « du caractère collectif de l'atteinte au corps, on est passé au caractère collectif du corps lui-même, ce qui a conduit finalement à affirmer l'indisponibilité du corps humain ».

d'exceptions autorisées par la loi et, de manière générale, que les entorses qu'il subit ne confèrent pas à ce fondement une stabilité suffisante pour faire obstacle au mécanisme du consentement comme fait justificatif. Bien au contraire, ce principe appuie cette conception car admettre ces exceptions revient à dire que le consentement justifie de nombreux comportements. Cependant, il n'en reste pas moins que l'interaction avec un tiers entache l'acte d'illicéité. L'exemple le plus éloquent reste toutefois celui du viol et plus généralement de la liberté sexuelle car dans ces hypothèses, le consentement neutralise la constitution de l'infraction.

402. La disponibilité exceptionnelle de certaines valeurs sociales protégées – Si le consentement à l'acte ne fait pas obstacle à la qualification de l'infraction, X. PIN démontre que certains comportements ne sauraient revêtir une nature infractionnelle en raison du caractère « exclusif »¹¹⁰⁵ du consentement, qui rend la qualification pénale impossible¹¹⁰⁶. Selon l'auteur, « le consentement seul ne peut être efficace, dans un système légaliste, que lorsque l'incrimination suppose la *fraude* ou la *violence*, c'est-à-dire un acte ayant lieu *contre le gré* de la victime. L'accord de la victime est alors un obstacle à la constitution de l'infraction ; le consentement n'est pas à proprement parler justificatif, il est *exclusif* de l'infraction »¹¹⁰⁷. Or, l'incrimination est disponible sous réserve qu'elle ne contrevienne pas à l'intérêt général ni aux droits des tiers¹¹⁰⁸. Les relations sexuelles consenties ne répondent donc pas à la qualification de viol, tout comme la remise volontaire d'un objet fait obstacle à la constitution de l'infraction de vol. La liberté sexuelle et la propriété sont donc des valeurs disponibles au même titre que la vie privée, ce qui explique que le sujet peut autoriser autrui à lui causer une lésion. Puisqu'il dispose de ces valeurs, il peut librement les mettre à la disposition d'un tiers¹¹⁰⁹.

L'indisponibilité de la norme pénale serait donc à nuancer, soit parce que certaines valeurs sociales sont disponibles soit car il existe, on le verra, une multitude d'exemples qui

¹¹⁰⁵ Terme emprunté à X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, voir not. p. 149 s. Voir également, du même auteur, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc.

¹¹⁰⁶ Voir par exemple R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 389 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 166 s.

¹¹⁰⁷ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 99.

¹¹⁰⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 117 s. Pour davantage de développements sur la protection des droits des tiers, voir *infra* n° 439.

¹¹⁰⁹ X. PIN précise toutefois qu'« un intérêt disponible n'est pas non plus forcément un droit auquel on peut renoncer. Celui qui consent à une lésion n'abandonne pas automatiquement un intérêt juridique car il lui est toujours possible de révoquer son consentement », *ibidem*.

viennent mettre en échec ce principe. Au-delà des caractéristiques de la norme, il faut désormais s'intéresser à son contenu, lequel présente une autre perception des exemples précédemment évoqués.

2) *L'immixtion contestable dans la sphère privée de l'individu*

403. Le fondement contestable des limites à la liberté sexuelle – La Loi du 13 avril 2016 traduit la volonté du législateur d'endiguer le phénomène de la prostitution, essentiellement au travers de la pénalisation du client. Le nouvel article 611-1 du Code pénal réprime en effet « Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage ». Cette démarche n'est pas exempte de critiques. En effet, la volonté du législateur de protéger la personne contre elle-même se traduit dans cet exemple par la restriction de la liberté sexuelle. Cette restriction est d'autant plus critiquable qu'elle a pour fondement la présomption du refus de la prostituée, là où les hypothèses de son consentement ne sont pas forcément minoritaires. De surcroît, la seule justification à la liberté sexuelle réside alors dans l'immoralité¹¹¹⁰. Il semblerait que cette interdiction fasse revivre le concept qui ne peut réellement disparaître, de bonnes mœurs. Plus particulièrement, comme l'explique P. MISTRETTA le législateur impose sa conception des bonnes mœurs¹¹¹¹ et, par extension, de la « normalité », concept insaisissable. L'auteur relève que « l'on voit poindre le paternalisme sexuel par lequel l'on voudrait qu'il y ait une bonne forme de sexualité au titre d'une normalité qu'il faudrait imposer et laquelle la sexualité est conditionnée à l'amour, mais certainement pas au plaisir et encore moins à l'argent »¹¹¹².

Dans un autre domaine, l'auteur démontre qu'il y a là une contradiction à interdire le recours à la prostitution au nom de la non-patrimonialité du corps humain, tout en reconnaissant des effets juridiques à la gestation pour autrui pratiquée à titre onéreux¹¹¹³. Il ne peut être soutenu que la dignité humaine s'oppose à ce qu'une personne dispose du corps d'une autre personne à titre onéreux tout en autorisant à ce que tel acte produise des effets. Peut-être faut-

¹¹¹⁰ P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », art. préc.

¹¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹¹² *Ibidem*.

¹¹¹³ P. MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », art. préc.

il en déduire en effet que l'interdit porte moins sur la non-patrimonialité que sur la « mauvaise sexualité ». Enfin, il est vrai que si le consentement est à l'origine de cette interdiction, c'est là lui conférer un rôle dans la qualification de l'infraction. Si, en effet, le comportement est réprimé car l'on présume un défaut de consentement, cela revient à prendre en compte les mobiles ayant précédé l'acte. Or ceux-ci doivent rester indifférents¹¹¹⁴. Bien qu'elle ne soit pas exempte de critiques, cette incrimination poursuit elle aussi un objectif de répression des atteintes à la dignité humaine, notion dont cette étude s'est efforcée de dresser les contours et les premières esquisses du débat qui la sous-tend. La dignité porte indéniablement en elle une dimension universelle mais dont le contenu est individuel.

404. Le caractère universel de la dignité – S'il a été démontré que seule la personne pouvait bénéficier de cette valeur sociale omniprésente qu'est la dignité, il faut toutefois revenir sur son contenu et le sens quel revêt. En effet, il ne s'agit pas non plus dans cette partie de l'étude d'identifier le bénéficiaire de la dignité, soit la personne, mais de déterminer le contenu et les prérogatives qu'elle octroie à cette dernière. La dignité a été présentée sous son angle objectif, conception appuyée par certaines dispositions législatives mais également jurisprudentielles¹¹¹⁵. Intrinsèque à l'humain, elle se présente comme une valeur indisponible. Son caractère universel, au demeurant indispensable à l'ordre social, conduit à adopter une conception objective. En effet, il paraît de prime abord antinomique de soutenir qu'une valeur est commune à l'humanité mais que son contenu diffère en fonction de chaque individu. S'il est contestable que le Code pénal ne regroupe que certaines incriminations sous cette notion¹¹¹⁶, c'est essentiellement car elle transcende par essence toute valeur sociale protégée relative à la dimension physique de la personne, pour s'en tenir au cadre de cette étude. L'on en déduit alors que chaque individu doit respecter les mêmes normes pour que cette protection produise ses effets. Pour autant, elle naît d'une volonté de prévenir l'atteinte à la personne humaine dans

¹¹¹⁴ P. MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », art. préc.

¹¹¹⁵ Voir notamment le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Plus spécifiquement, voir la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997 (article 1^{er}) ; article 16 du Code civil. Concernant la jurisprudence de la CEDH, voir CEDH, 22 novembre 1995, n° 20166/92, *C.R c/ Royaume-Uni* et *S.W. c/ Royaume-Uni* ; CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* et CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*). Concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir notamment Cons. const., 27 juillet 1994, déc. préc. ; Cons. const. 19 novembre 2009, déc. préc.. Voir également CE ass. 27 octobre 1995, arrêt préc.

¹¹¹⁶ Voir *supra* n° 134.

certaines contextes bien définis, comme les lois de bioéthique, ce qui traduit une appréciation *in concreto* de la dignité.

405. L'appréciation *in concreto* de la dignité – À l'analyse des dispositions législatives et réglementaires, la dignité apparaît à l'occasion de situations précises. Comme le relève fort justement G. LOISEAU, « l'idée de dignité humaine demeure encore assez vague. Elle se perçoit en fait plutôt, de façon négative, à partir de sa violation, c'est-à-dire à l'occasion d'évènements (ou de non-évènements) qui sont ressentis comme des atteintes à la dignité »¹¹¹⁷. Aussi universelle soit-elle, il est inéluctable que cette notion subisse des entorses. Plus particulièrement, il est inéluctable que son contenu fluctue au gré de certains contextes particuliers. L'on ne saurait condamner les survivants d'un accident d'avion qui, placés dans une situation d'isolement dans la Cordillère des Andes, ont été contraints de commettre des actes anthropophages afin de survivre¹¹¹⁸. En revanche, l'affaire dite du « cannibale de Rotenburg », qui s'est déroulée en Allemagne en 2001, constitue une atteinte à la dignité de la personne et ces actes auraient été qualifiés en droit pénal français de tortures et actes de barbarie ayant entraîné la mort. En l'espèce, Armin Meiwes a déposé une annonce sur internet aux fins de rencontrer un individu consentant à être mangé. Bernd Brandes consent à l'acte et, d'un commun accord, ils cuisinent et mangent certaines parties de la victime. Armin Meiwes le tua ensuite, le dépeça puis le consomma. La dignité est alors abandonnée dans le premier exemple, mais non dans le second car la sauvegarde de la personne humaine entraîne un « fait justificatif moral »¹¹¹⁹. En réalité, tout acte déclaré contraire ou non à la dignité est apprécié *in concreto*, en témoigne cette définition négative qui se dégage tant de la jurisprudence que de la loi. En d'autres termes, il est dicté aux individus le comportement à adopter dans certaines situations qui, cumulées, leur imposent une conduite. Or, il n'est nulle morale universelle et en imposer une revient à ériger en infraction tous les travers de l'individu.

406. Les contradictions d'une conception objective de la dignité – M. FABRE-MAGNAN explique que « la dignité implique que la personne reste maître de son corps et d'elle-même, ce qui suppose qu'elle ne soit pas aliénée et asservie à des fins étrangères à elle-

¹¹¹⁷ G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, *op. cit.*, p. 142 s.

¹¹¹⁸ Le vol 571 Fuerza Aérea Uruguay du 13 octobre 1972 s'est crashé dans la cordillère des Andes. Les survivants ont été contraints de manger les cadavres d'autres passagers pour survivre, et aucune poursuite n'a été engagée. Exemple emprunté à A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 515.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 516.

même »¹¹²⁰. Cependant, est-ce vraiment étranger à soi-même que d’accomplir des actes qui nous correspondent et nous individualisent ? La construction de cet ensemble universel revient à imposer à l’individu un comportement jugé bon pour la collectivité. En effet, décider à sa place ce qui est digne ou non revient à lui prêter une absence d’autonomie et « repose sur l’idée régressive que tous les individus ne sont pas capables de se comporter de façon intelligente et libre »¹¹²¹. Or, cela va à l’encontre de la définition retenue de la personne humaine, à savoir un être autonome et disposant d’une conscience de lui-même, qui lui permet donc de porter un jugement sur ce qu’il est et ce qui lui est bon. G. LEBRETON va même plus loin en écrivant que « cette conception-là de la dignité, parce qu’elle repose sur la vision d’un homme infantilisé, lui manque profondément de respect. Elle revient à le traiter en incapable : “Au nom même de la dignité on place une personne majeure et en pleine possession de ses moyens intellectuels sous la tutelle de la volonté d’autrui” »¹¹²².

En outre, les multiples exceptions à l’interdiction de la libre disposition de soi¹¹²³ témoignent d’autant d’entorses à la dignité, qui perd donc de sa suprématie en ce sens qu’elle reçoit finalement autant de dérogations que n’importe quel autre principe. Plus encore, c’est la sauvegarde de la dignité de l’individu qui justifie parfois ces atteintes, l’exemple le plus éloquent étant celui de la fin de vie. Le Code de la santé publique ne dispose-t-il pas expressément que « la personne malade a droit au respect de sa dignité »¹¹²⁴ ? La Loi Léonetti-Claeys n’énonce-t-elle pas que les soins palliatifs sont destinés à sauvegarde sa dignité ?¹¹²⁵ Il y a là une différence fondamentale entre l’atteinte à la dignité d’une personne, ou d’un groupe de personnes en particulier, et l’atteinte à la dignité de la personne. À vouloir en faire une notion à portée collective l’on voit poindre l’écueil auquel peut mener la dignité, à savoir d’aboutir à une forme de dirigisme sous couvert de protectionnisme.

Les fervents défenseurs de l’autonomie personnelle argueraient sans doute du fait qu’il relève de la seule volonté de la victime de se battre, ou de se faire scarifier, ou d’accepter un

¹¹²⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Dictionnaire des droits de l’Homme*, PUF, 2008, v° Dignité, spéc. p. 228, citée par M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, p. 514, note n° 2567.

¹¹²¹ E. DREYER, « La dignité des personnes âgées », in *Dignité et vieillissement de la personne*, sous la dir. de J.-R. Binet, Lexisnexis, 2008, p. 3 s. Voir *supra* n° 294.

¹¹²² G. LEBRETON, « Les ambiguïtés du droit français à l’égard du respect de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges P. Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 53 s., spéc. p. 59, cité par E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », art. préc., spéc. p. 2732.

¹¹²³ Voir *infra* n° 408.

¹¹²⁴ Article L. 1110-2 du CSP.

¹¹²⁵ Article 2 de la Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JO du 3 février 2016. Articles L. 1110-5-1 al. 4 et L. 1110-10 du CSP.

acte de cannibalisme et que, de ce fait, le droit pénal n'a pas à intervenir¹¹²⁶. La violence extrême caractérisant l'acte de cannibalisme devrait entraîner, *a priori*, un consensus quant à la légitimité d'une réponse pénale. Il faut en effet admettre que malgré la réprobation sociale que cet acte suscite, s'il est commis à huis clos l'ingérence de l'État peut paraître injustifiée, surtout si la volonté individuelle n'est pas considérée comme étant incompatible avec l'indisponibilité de la norme pénale. Aussi extrême que cela puisse paraître, n'est-ce pas la décision de chacun de consentir à être soumis à des pratiques sadomasochistes, violenté, torturé, ou traité en esclave ? Comme l'explique J.-PH. FELDMAN, « le principe de la dignité de l'individu induit [...] le refus d'un "ordre moral" »¹¹²⁷, qui tend à porter un jugement sur l'individu et plus particulièrement sur ses vices. Or, les vices se distinguent des crimes car « ceux-là sont des actes par lesquels un homme nuit à sa propre personne ou à ses biens, ceux-ci des actes par lesquels il nuit à la personne ou aux biens d'autrui »¹¹²⁸. En conséquence, le droit ne saurait s'immiscer dans la recherche par l'individu de son bien-être, quand bien même celui-ci se traduirait par ses vices. Les limites apportées à l'autonomie individuelle pourraient être perçues comme un moyen, par le truchement de l'État, d'imposer à un individu des considérations morales qui ne lui appartiennent pas. Le débat se situe donc sur la teneur du principe et de l'exception et sur la notion de libre disposition de soi. Tandis que la simple disposition de soi permet de protéger l'individu contre lui-même, car elle contiendrait des exceptions fondées sur l'existence d'un ordre public individuel, la libre disposition laisse place à une impunité totale et illimitée des actes consentis commis par un tiers.

Si ces arguments sont audibles, ils sont toutefois la marque d'une faible adhérence à l'ordre social actuel. En effet, des limites sont posées puisque les actes les plus graves font l'objet de droits auxquels est impossible de renoncer. Ainsi en est-il de l'interdiction de la torture consacrée par l'article 3 de la CESDH. En conséquence, même si l'assise de l'autonomie personnelle est grandissante, l'ordre public impose des limites. À ce stade de la démonstration, il semble alors que la dignité peut être perçue comme une notion subjective, sans pour autant nier le caractère impératif de la norme.

¹¹²⁶ Il conviendra donc de déterminer les hypothèses dans lesquelles le droit pénal se met en retrait au profit de la libre disposition du corps, voir *infra* n° 408 s.

¹¹²⁷ Voir notamment J.-PH. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2008/2, n° 48, p. 87 s., spéc. p. 98.

¹¹²⁸ L. SPOONER, « Nos vices ne sont pas des crimes. Une revendication de liberté morale », in *Nos vices ne sont pas des crimes*, trad. par M. Corvin et J. Carlier, Les Belles Lettres, 1996, p. 9, cité par J.-PH. FELDMAN, *ibidem*.

407. L'intégration de la dignité dans la notion d'ordre public – Il est ressorti des exemples illustrant jusqu'ici cette étude que la dignité repose autant sur la réprobation sociale que suscite un acte, que sur un ensemble d'interdictions et d'obligations imposées à chaque personne de façon indifférenciée. S'il est socialement acceptable de commettre un acte anthropophage pour la sauvegarde de sa vie, le même acte dicté par une pathologie ne souffre d'aucune tolérance, alors que ces deux actes répugnent tout autant. En conséquence, cela ne modifie pas l'absence de caractère justificatif du consentement mais peut expliquer certaines évolutions passées et futures du droit pénal. La dignité s'identifie alors au contenu de l'ordre public¹¹²⁹, dont le caractère impératif n'est pas remis en cause et qui représente une société donnée à un moment donné. Concrètement, l'individu devra de ce fait se plier à une norme objective prise en prévention d'un trouble à l'ordre public. En effet, cela ne signifie pas que l'individu renonce à sa dignité car si cette notion n'a que peu de sens juridique, cela reste une notion commune à chaque homme. En réalité, il renonce à ce qui est perçu par certains comme relevant de la dignité. Plus encore et pour reprendre les propos de E. DREYER, il existe certes des abus mais qui ne font pas de l'ensemble des individus une « société malade », justifiant une règle générale fondée sur une forme de « justice sociale »¹¹³⁰.

Il ressort de ces développements que l'interdiction de la libre disposition de soi est tout aussi justifiée que controversée. L'interdiction des violences, des meurtres sur demande, ou encore de la prostitution, fondée sur une prétendue atteinte à la dignité de la personne, prévient et réprime un trouble à l'ordre public, fonction du droit pénal. Cependant, les motifs qui sous-tendent ces interdictions relèvent plus de la morale que du droit et sont discutables au vu de l'immixtion dans le bien-être des individus qu'ils provoquent. En réalité, la conception de la dignité, fondement premier de ces interdictions, appartient à chacun et peut-être doit-elle inspirer sans être une valeur sociale objective. L'ordre public suffit au respect de la norme et il est alors inutile d'oppresser l'individu avec le spectre de la « bonne conduite ». L'ambivalence de la libre disposition de soi commence donc à prendre forme car même avant d'avoir étudié les exceptions à l'indisponibilité du corps humain, l'on voit poindre des incohérences dans la sphère d'interdiction elle-même, incohérences confortées par les manifestations de la libre disposition de soi.

¹¹²⁹ En ce sens voir notamment E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », art. préc., spéc. p. 2733. Sur la définition de cette notion, voir *infra* n° 437 s.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 2735.

§ 2 - Les manifestations extensives d'une libre disposition de soi

408. L'admission extensive de la libre disposition de soi dans les autorisations légales – Au-delà des controverses précédentes, certaines nécessités conduisent le législateur à autoriser des atteintes consenties au corps humain. À cet égard, il a été observé au début de cette étude que le corps humain était parfois mis à la disposition d'autrui, notamment au travers du don d'organes, acte trouvant une justification légale susceptible de faire échec à la qualification d'atteinte à l'intégrité physique. Les entorses au principe d'interdiction de la libre disposition de soi relèveraient alors d'une nécessité individuelle ou collective, autrement dit d'un facteur extérieur qui est à l'origine de l'acte. Cependant, s'il est possible de délimiter le champ d'intervention du législateur, il est des domaines qui frôlent la notion de nécessité sans pour autant en revêtir complètement le sens. De ce fait, l'autonomie personnelle s'insinue peu à peu dans les autorisations légales et étend le champ de celles-ci.

409. L'admission extensive de la libre disposition de soi dans la pratique – Parallèlement, le législateur fait preuve d'une certaine tolérance car le droit pénal ne saurait s'identifier à l'arbitraire, sans pour autant créer une cause de justification légale. Les entorses au principe s'accroissent encore car certaines activités pratiquées par les individus ne peuvent être définies de manière exhaustive par le législateur. Ainsi en est-il par exemple de l'art, qui se pratique sous des formes infinies. Les manifestations d'une libre disposition de soi sont nombreuses et parfois illimitées selon le domaine concerné. L'autonomie de la personne est alors grandissante et le législateur octroie des autorisations au cas par cas dans la tendance, entre autres, des considérations sociales.

410. Annonce de plan - À l'étude des différentes exceptions au principe, la disposition par l'individu de son corps apparaît en réalité inévitable. Il sera donc démontré que celle-ci se manifeste au travers des atteintes autorisées par le législateur (**A**), mais également au travers des atteintes tolérées par le législateur (**B**).

A. Les atteintes autorisées par le législateur

411. La prédominance de la sphère médicale – Les valeurs sociales véhiculées par le corps humain sont majoritairement indisponibles mais certaines nécessités conduisent à porter des entorses à ce principe. Toutefois, conformément au système légaliste dans lequel s’inscrit le droit pénal, le consentement ne peut être une source de justification que s’il prend sa source dans une autorisation légale. Ainsi, certains intérêts sont privilégiés par le législateur, soit dans l’intérêt de l’individu, soit dans l’intérêt d’autrui. En outre, l’appropriation par l’individu de son corps, qui se reflète au travers de ces atteintes consenties à l’intégrité physique, se manifeste particulièrement lorsque les soins sollicités permettent à la personne de maîtriser la fin de sa vie, ultime représentation de l’autonomie personnelle.

412. Annonce de plan – Les autorisations explicites octroyées par le législateur et qui confèrent une force justificative au consentement se manifestent alors essentiellement autour des actes à finalité médicale ou thérapeutique (1), et la puissance du consentement justificatif atteint son paroxysme au travers de la maîtrise de la fin de vie (2).

1) *Les actes à finalité médicale ou thérapeutique*

413. Les atteintes permises par la loi au nom de la nécessité médicale de l’individu – La préservation de la santé de l’individu implique inévitablement de soigner son corps. Or, « par essence l’activité médicale ne se conçoit pas sans atteintes à l’intégrité corporelle. Et dans la mesure où le Code pénal sanctionne les atteintes à l’intégrité physique des personnes, le médecin devrait, pour tout acte médical invasif, être déclaré responsable des infractions relevant du Livre II du Code pénal »¹¹³¹. L’acte doit répondre à une « nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l’intérêt thérapeutique d’autrui »¹¹³². La notion de nécessité médicale se révèle en revanche particulièrement floue, aussi la doctrine a-t-elle été amenée à la définir comme un acte consistant « à vouloir apporter un plus à la santé de

¹¹³¹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 83. Pour davantage de détails quant aux causes d’irresponsabilité pénale applicables au médecin, voir p. 82 s.

¹¹³² Article 16-3 al. 1^{er} du Code civil.

l'individu concerné »¹¹³³ et qui ne saurait présenter un caractère disproportionné¹¹³⁴. Outre cette condition, le médecin doit avoir obtenu le consentement du malade à l'acte¹¹³⁵.

Selon B. PY « la justification pénale repose sur la permission tacite de la loi, laquelle comporte plusieurs conditions, dont le respect du consentement du patient. La justification n'est pas liée au seul consentement. Il faut le consentement et d'autres conditions. Le recueil du consentement de la "victime" est alors la vérification d'une des conditions exigées tacitement par la loi pour entraîner la justification et non le fait justificatif lui-même »¹¹³⁶. Un comportement qui devrait répondre à l'incrimination de violences, d'atteintes à la vie ou encore de tortures et actes de barbarie, voit cette qualification neutralisée au regard d'une autorisation légale¹¹³⁷ car la « valeur sociale santé » prédomine et l'intérêt du malade rend nécessaire l'exonération du médecin de toute responsabilité pénale¹¹³⁸. Par ailleurs, l'intérêt médical individuel n'est pas l'unique cause de justification car une forme de « nécessité sociétale »¹¹³⁹ l'emporte parfois sur l'inviolabilité du corps humain, et accroît un peu plus l'assise de la volonté individuelle qui est désormais tournée vers l'autre.

414. Les atteintes permises par la nécessité thérapeutique d'autrui – Lorsque l'intérêt thérapeutique d'autrui est en jeu, par exemple lorsque le patient consent à un prélèvement d'organe dans l'optique d'une transplantation, l'atteinte au corps est justifiée par le consentement du patient mais également par la finalité de l'acte¹¹⁴⁰. Le don d'organes est en effet encouragé afin de remédier à la pénurie de greffons et, de manière générale, tout acte à

¹¹³³ B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse, Nancy II, 1993, p. 146.

¹¹³⁴ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 84. L'auteur ajoute que le médecin « doit s'abstenir de procéder à un tel acte lorsque le malade a plus à craindre de l'intervention sur son corps qu'à espérer ».

¹¹³⁵ Articles 16-3 al. 2 du Code civil et L. 1111-4 al. 4 du CSP. Pour de plus amples développements voir par exemple N. KLEIN, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Thèse, Paris VIII, 2010 ; B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.* ; du même auteur, « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », art. préc., spéc. p. 384 : « le permis de soigner est tacitement un permis de blesser ».

¹¹³⁶ B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.*, p. 104. *Contra* voir PH. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », art. préc., spéc. p. 708 : « en matière médicale au sens large et bien sûr dans le cadre des dispositions prévues par la loi, le principe de l'intangibilité du corps et la protection que lui assure le droit pénal sont susceptibles de s'effacer devant une volonté individuelle contraire ».

¹¹³⁷ Le fait justificatif, codifié à l'article 122-4 du Code pénal, trouve sa source dans la permission de la loi.

¹¹³⁸ B. PY, « La dimension exonératrice des causes d'irresponsabilité pénale », in M. DANTI-JUAN (dir.), *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale médicale*, Cujas, 2013. Voir également P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.* p. 83 s. : la justification issue de la permission de la loi repose ici sur trois conditions cumulatives, l'acte doit être l'œuvre d'un médecin, diplômé dans les conditions définies par la loi et inscrit au conseil de l'ordre des médecins.

¹¹³⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 85.

¹¹⁴⁰ Pour une étude générale, voir notamment N. KLEIN, *La justification des atteintes médicales au corps humain, op. cit.*

visée altruiste entre dans cette catégorie. La loi dite Caillavet du 22 décembre 1976¹¹⁴¹ a institué le principe du consentement présumé ainsi que le don d'organes *ante mortem*, et a élargi le nombre d'organes pouvant être donnés. Par la suite, les lois de 1994 ont maintenu ce principe et ont renforcé ses modalités. La Loi du 26 janvier 2016¹¹⁴² s'inscrit elle aussi dans une consolidation des hypothèses de don puisque depuis son entrée en vigueur l'avis de la famille n'est plus recueilli¹¹⁴³. Seul le refus du défunt exprimé de son vivant peut désormais faire obstacle au prélèvement. L'atteinte corporelle reçoit ici une autorisation légale animée par un intérêt collectif. De même, l'expérimentation pratiquée avec le consentement du patient dans le respect des dispositions légales est également autorisée et justifiée par le mécanisme de la permission de la loi¹¹⁴⁴. Quelle que soit la motivation qui a conduit à ces actes, ceux-ci sont tous justifiés par l'addition du consentement et de l'autorisation de la loi, autrement dit par un consentement justificatif¹¹⁴⁵ qui fait exception au principe. En outre, ces autorisations, bien que tentant de se cantonner au domaine médical ou thérapeutique, s'étendent parfois aux actes dont la finalité médicale est incertaine.

415. Les actes à finalité médicale incertaine – Prenant appui sur l'article 16-3 alinéa 1^{er} du Code civil, certaines hypothèses ont fait débat au regard de leur finalité médicale incertaine¹¹⁴⁶. À titre d'exemple, lorsque la stérilisation comporte une visée médicale l'acte entre dans les prévisions de cet article. Il est néanmoins des cas dans lesquelles la stérilisation est sollicitée par le patient dans un but exclusivement contraceptif, ôtant en principe à l'acte son caractère licite. Cette pratique a été mise à jour suite à l'affaire dite des « stérilisés de Bordeaux ». En l'espèce, un ouvrier anarchiste pratiquait des vasectomies contraceptives dans

¹¹⁴¹ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JO* du 23 décembre 1976.

¹¹⁴² Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO* du 27 janvier 2016.

¹¹⁴³ Article L. 1232-1 al 2 du CSP : « Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine ».

¹¹⁴⁴ En ce sens, voir par exemple F. ALT-MAES, « Esquisse et poursuite d'une dépénalisation du droit pénal médical », art. préc.. Comme le souligne M. BÉNÉJAT-GUERLIN, la loi du 5 mars 2012 « libéralise, sous prétexte de simplification de la réglementation, certaines pratiques, neutralisant par répercussion les dispositions pénales ». L'auteur s'interroge sur la nature de ce fait justificatif, arguant du fait que l'infraction n'est consommée qu'à défaut des conditions de licéité : « l'intérêt scientifique et les autorisations administratives ressemblent plus à des éléments constitutifs négatifs, d'ailleurs intégrés à l'incrimination, qu'à un fait justificatif », M. BÉNÉJAT-GUERLIN, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », art. préc., spéc. p. 396 s.

¹¹⁴⁵ Terme emprunté à X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, spéc. p. 83 s. et 194 s.

¹¹⁴⁶ Ainsi, comme le souligne P. MISTRETTA, l'interprétation qui doit être faite de cette notion n'est pas exempte de difficultés. Ainsi, les opérations de transsexualisme sont pénalement justifiées sur le fondement de la permission de la loi mais à condition que le changement soit indispensable et définitif, P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 84.

l'unique but de protester contre la bourgeoisie de l'époque. Il fut condamné pour violences et la Cour de cassation rejeta son pourvoi au motif que les « victimes n'avaient pu donner le droit de violer, sur leur personne, les règles régissant l'ordre public ». Cependant, la stérilisation contraceptive a reçu une interprétation de plus en plus large, au point que les justifications de l'intervention soient parfois douteuses. Codifiée à l'article L. 2123-1 du Code de la santé publique, elle bénéficie désormais d'une autorisation légale¹¹⁴⁷.

De même, la jurisprudence a admis la licéité de la chirurgie esthétique¹¹⁴⁸ dont l'unique objectif est de modifier l'apparence du sujet à sa convenance. Pourtant, le législateur a autorisé cette pratique en l'encadrant aux articles L. 6322-1 et suivants du Code de la santé publique, conférant au consentement du sujet une force justificative sous réserve de respecter les dispositions légales. Le transsexualisme enfin, a été reconnu par deux arrêts de l'Assemblée plénière en date du 11 décembre 1992¹¹⁴⁹ comme un acte relevant d'une nécessité médicale, dès lors que le sujet en présente le syndrome.

Le consentement justificatif à la libre disposition du corps humain repose donc essentiellement sur une nécessité médicale, individuelle ou collective, mais également sur la maîtrise de sa liberté de procréation, ou encore de l'appropriation de son identité sexuelle. Au-delà, elle conduit à autoriser la maîtrise de la fin de sa vie, ultime appropriation par l'individu de son corps.

2) *La maîtrise de la fin de vie*

416. La reconnaissance d'un droit à l'autodétermination dans le domaine de la fin de vie – Si le droit pénal interne se montre ambivalent sur la question de la libre disposition du corps, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer. Sur le fondement de l'article 8 de la CESDH relatif au droit au respect de la vie privée, la Cour reconnaît la notion d'autonomie personnelle comme faisant partie d'un droit à l'épanouissement

¹¹⁴⁷ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* du 7 juillet 2001. Ainsi, aux termes de l'article L. 2123-1 du CSP la stérilisation à visée contraceptive ne peut intervenir que sur une personne majeure, ayant exprimé « une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences ». Toutefois, le médecin peut refuser de pratiquer un tel acte, en vertu d'une clause de conscience protégeant le consentement du médecin, qui ne se voit pas dans l'obligation d'intervenir en l'absence de nécessité médicale (article L. 2123-1 al. 5 du CSP).

¹¹⁴⁸ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère} 5 février 2014, n° 12-29.140.

¹¹⁴⁹ Cass. ass. plén. 11 décembre 1992, n° 91-123.73 et 91-119.00 ; *JCP G* 1993, II 21991, note MÉMETEAU.

personnel. Cependant, comme le relève S.-M. FERRIE « le droit à l'autodétermination peut sembler difficile à circonscrire, tant ses manifestations dépendent des choix effectués par les individus et sont donc aussi nombreuses qu'est fertile l'imagination humaine »¹¹⁵⁰. Aussi, la définition de ce terme donnée par la Cour européenne à l'occasion de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*¹¹⁵¹ fut un avancement considérable, d'autant que cet arrêt constitue une des principales consécration du droit à l'autodétermination portant sur le corps humain. En l'espèce, la requérante était atteinte d'une maladie neurodégénérative provoquant une mort particulièrement douloureuse. Elle a donc demandé la garantie, de la part de l'État, que son mari ne serait pas condamné s'il lui prêtait assistance pour se suicider, acte réprimé au Royaume-Uni. En réponse au refus qui lui a été opposé la requérante a saisi la Cour sur le fondement de l'atteinte aux articles 2, 3, 8, 9 et 14 de la Convention. La CEDH a notamment considéré que l'article 2 assurant le droit à la vie ne comportait pas de volet négatif garantissant un droit à la mort. Tout en reconnaissant que le droit à l'autonomie personnelle n'est pas reconnu en tant que tel par l'article 8 de la Convention, elle considère que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important que sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »¹¹⁵². Plus encore, elle reconnaît à chacun un droit à l'autodétermination qu'elle définit comme « la faculté [...] de mener sa vie comme il l'entend »¹¹⁵³ ainsi que le « droit d'opérer des choix concernant son propre corps »¹¹⁵⁴, même si cela consiste à « s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour la personne »¹¹⁵⁵. Ce faisant, la Cour reconnaît la liberté de détruire son corps et, partant, celle de l'altérer. C'est donc en toute logique que l'interdiction du suicide assisté¹¹⁵⁶ va à l'encontre du droit à l'autonomie personnelle¹¹⁵⁷. La Cour a donc ouvert une brèche dans la reconnaissance de l'autonomie personnelle, qui sera confirmée par la suite¹¹⁵⁸. Elle considère toutefois qu'il appartient à chaque pays d'établir sa législation en la

¹¹⁵⁰ S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine, op. cit.*, p. 26.

¹¹⁵¹ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; C. GIRAULT, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, n° 15, II 10062 ; *RSC* 2002, p. 645 s., obs. F. MASSIAS.

¹¹⁵² CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61.

¹¹⁵³ *Ibid.*, § 62.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, § 66.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, § 62.

¹¹⁵⁶ Ce terme se différencie de l'euthanasie, qui suppose que le médecin fasse lui-même l'injection létale (euthanasie dite « active »), tandis que le suicide assisté consiste à fournir au patient les moyens nécessaires de passer à l'acte.

¹¹⁵⁷ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 64 « la façon dont elle choisit de passer les derniers instants de son existence fait partie de l'acte de vivre, et elle a le droit de demander que cela aussi soit respecté ».

¹¹⁵⁸ Sur la liberté sexuelle, voir *infra* n° 422, n° 431 et n° 459.

matière. Tandis que certains États signataires ont légalisé l'euthanasie ou le suicide assisté, le législateur français a opté pour l'accompagnement de la fin de vie.

417. L'évolution législative de la fin de vie – Le principe d'inviolabilité du corps humain emporte pour le patient le droit de refuser d'être soigné car il doit consentir à l'acte médical¹¹⁵⁹. Il ne s'agit pas ici de traiter la question de la fin de vie sous l'angle de ses nombreuses considérations éthiques. Cette partie de l'étude se contentera de démontrer le mouvement de dépénalisation qui s'est formé ces dernières années et qui va dans le sens d'une disposition de soi. La Loi du 9 juin 1999¹¹⁶⁰ a posé une première pierre en garantissant l'accès aux soins palliatifs, suivie par la Loi du 4 mars 2002¹¹⁶¹ qui consacre notamment le droit de refuser tout traitement, le droit à l'accès aux soins palliatifs¹¹⁶² ainsi que le devoir du médecin de ne pas pratiquer d'obstination déraisonnable. L'obligation de soin pesant sur les médecins se voit affaiblie, d'autant qu'ils doivent respecter le choix du patient¹¹⁶³. Ensuite la Loi du 22 avril 2005¹¹⁶⁴, dite « Loi LÉONETTI », consacre notamment l'interdiction de l'obstination déraisonnable¹¹⁶⁵ et octroie au patient pouvant exprimer sa volonté, et qui n'est pas forcément en fin de vie, un droit de refuser tout traitement¹¹⁶⁶. Par ailleurs, lorsqu'une personne en fin de vie et en état d'exprimer sa volonté se trouvait « en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et décidait de limiter ou d'arrêter tout traitement », le médecin devait respecter sa volonté. Dans les mêmes conditions, le médecin pouvait décider d'arrêter ou de limiter un traitement « inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie »¹¹⁶⁷. Elle octroie également le droit de recevoir un traitement pour

¹¹⁵⁹ Articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du CSP.

¹¹⁶⁰ Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, *JO* du 10 juin 1999.

¹¹⁶¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002.

¹¹⁶² À la différence des soins curatifs dont l'objectif est de guérir le patient, les soins palliatifs sont définis comme « des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage », J.-R. BINET, « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », art. préc., spéc. p. 47 (définition issue de l'article L. 1110-10 du CSP).

¹¹⁶³ Pour de plus amples développements sur la contradiction entre le devoir de secourir et le devoir de laisser mourir incombant au médecin, voir B. PY, « Pratiques médicales et fin de vie : aspect pénal », art. préc.

¹¹⁶⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JO* du 23 avril 2005. Pour une synthèse de cette Loi et de ses enjeux voir notamment J.-R. BINET, « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », art. préc..

¹¹⁶⁵ Article L. 1110-5 al. 2 ancien du CSP.

¹¹⁶⁶ Article L. 1111-4 al. 2 ancien du CSP. Seuls les traitements pouvaient être suspendus et non les soins, « c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire à la personne malade non parce qu'elle est malade mais parce qu'elle est une personne : les soins de nursing, de confort etc. », J.-R. BINET, « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », art. préc., spéc. p. 55.

¹¹⁶⁷ Article L. 1111-13 ancien du CSP.

soulager sa douleur, quand bien même il aurait pour effet d'abrégé la vie du patient¹¹⁶⁸. Pour la première fois, la loi prévoyait expressément une irresponsabilité pénale fondée sur la permission de la loi¹¹⁶⁹, mais sans pour autant dépénaliser l'acte de donner la mort¹¹⁷⁰. Elle prévoyait un droit à « laisser mourir » mais également à « faire mourir »¹¹⁷¹ puisque les traitements prodigués pouvaient avoir pour effet d'abrégé la vie. De nombreuses critiques furent adressées à cette loi¹¹⁷², notamment parce qu'elle n'était pas applicable à tous les malades¹¹⁷³ et que certains termes restaient indéfinis¹¹⁷⁴. Le législateur est donc intervenu en conséquence avec la Loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie¹¹⁷⁵.

418. Le renforcement de l'autonomie personnelle par la loi du 2 février 2016 – La Loi LÉONETTI-CLAEYS comporte des apports majeurs¹¹⁷⁶, témoignant d'une autonomie personnelle à l'assise toujours plus présente. Une des avancées majeures de cette loi est la consécration d'un droit à la sédation profonde et continue jusqu'au décès¹¹⁷⁷ au profit du patient en fin de vie et en état de manifester sa volonté. Si toutefois le patient est hors d'état de consentir à l'acte, il peut bénéficier d'une sédation profonde et continue jusqu'au décès au titre du refus

¹¹⁶⁸ Article 1110-5 al. 5 ancien du CSP.

¹¹⁶⁹ A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », art. préc.. Un renvoi exprès était fait à l'article 122-4, exonérant de leur responsabilité pénale toute personne accomplissant un acte relevant d'une permission ou d'une autorisation de la loi.

¹¹⁷⁰ A. LEPAGE, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, op. cit.*, p. 647 s., spéc. p. 644.

¹¹⁷¹ PH. CONTE, « Le code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ? », art. préc.

¹¹⁷² Voir notamment J.-R. BINET, « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », art. préc. Pour une position plus nuancée voir par exemple A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », art. préc. : selon l'auteur le droit pénal propose déjà des solutions adaptées à la fin de vie mais qui souffrent d'une méconnaissance.

¹¹⁷³ Voir par exemple B. PY, « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », art. préc., spéc. p. 387-388.

¹¹⁷⁴ L'on s'est notamment interrogé sur la question de savoir ce qu'était un patient en fin de vie et sur la signification des traitements n'ayant pour objet que le maintien artificiel de la vie. La question de l'hydratation comme relevant des traitements ou des soins a par exemple été soulevée notamment à l'occasion de l'affaire Vincent Lambert, voir J.-R. BINET, « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », art. préc., spéc. p. 55. De même P. MISTRETTA souligne la difficulté à définir l'interprétation des termes de phase « avancée ou terminale » (cas des patients cérébrolésés), P. MISTRETTA, « Le risque pénal en fin de vie : pratiques d'anesthésie-réanimation », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie, op. cit.*, p. 111 s. Pour davantage de développements sur ce point voir *supra* note n° 638.

¹¹⁷⁵ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JO* du 3 février 2016.

¹¹⁷⁶ Voir *supra*, n° 246.

¹¹⁷⁷ Article L. 1110-5-2 du CSP. Pour rappel, la sédation profonde et continue provoque, aux termes de l'article L. 1110-5-2 alinéa 3 du CSP, « une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à des analgésiques »

de l'obstination déraisonnable¹¹⁷⁸. Cette loi consacre en outre le droit « de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »¹¹⁷⁹. Le médecin doit désormais informer le patient des conséquences de ce choix, contrairement au régime antérieur qui lui imposait de tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables¹¹⁸⁰. La loi a également renforcé le droit à refuser l'obstination déraisonnable¹¹⁸¹. Enfin, une des nouveautés de la loi réside dans les directives anticipées, qui ont désormais une valeur contraignante à l'égard du médecin¹¹⁸². Celui-ci ne peut mettre en œuvre aucun traitement contre la volonté exprimée par le patient dans ces directives et, s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté, les dispositions de l'article R. 4127-37-3 du Code de la santé publique relatives à la sédation profonde s'appliqueront.

Il ressort de ces efforts législatifs que la situation des patients en fin de vie est appréhendée sous l'angle de leur autonomie personnelle. Comme le montre P. MISTRETTA, le manquement à l'obligation de soins de la part du médecin ne peut être sanctionné car le malade « revendique précisément l'absence de soins »¹¹⁸³. *A contrario*, un soin imposé au patient entrerait dans la qualification de violences volontaires¹¹⁸⁴. Celle-ci se heurte toutefois à des limites lorsque la situation du patient ne répond pas à la philosophie du texte, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas en fin de vie ou souffrant, ce qui amène ultérieurement à s'interroger sur l'opportunité d'une nouvelle progression de la volonté individuelle.

¹¹⁷⁸ Article L. 1110-5-2 al. 3 du CSP

¹¹⁷⁹ Cet article est par ailleurs codifié au sein de la Section intitulée « Principes généraux », appuyant l'absence de distinction entre les situations de fin de vie ou non.

¹¹⁸⁰ Article L. 1111-4 ancien du CSP.

¹¹⁸¹ L'article L. 1110-5-1 al. 1^{er} du CSP dispose que les traitements « ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seuil maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris conformément à la volonté du patient ». Pour une illustration récente, offrant des précisions quant à la prise de décision médicale, voir TA Marseille, 8 février 2017, n° 1608830 ; *AJDA* 2017, p. 322 s., note D. POUPEAU. En l'espèce le tribunal a ordonné la poursuite des soins d'une enfant de un an plongée dans un coma artificiel à la suite d'un virus foudroyant. L'équipe médicale a pris à l'unanimité la décision d'arrêter les soins, relevant de l'acharnement thérapeutique. Les parents ont saisi le juge des référés, qui a ordonné la poursuite des soins au motif que les conditions posées par l'article L. 1111-4 du CSP n'ont pas été respectées car « la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible de perte d'autonomie la rendant tributaire d'une alimentation et d'une ventilation artificielles ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite du traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable ». Les juges ajoutent que « le médecin doit accorder une volonté toute particulière à la volonté que le patient ou, en l'espèce, ses parents s'agissant d'un enfant âgé de moins de un an à la date de la décision, peuvent avoir, le cas échéant, exprimée ».

¹¹⁸² Article L. 1111-11 du CSP. Les directives anticipées « expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux », article L. 1111-1 al. 1^{er} du CSP.

¹¹⁸³ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 165.

¹¹⁸⁴ Article L. 1111-4 du CSP.

419. Les limites à la loi Léonetti-Claeys – La sédation profonde et continue est limitée à trois cas : lorsque le patient en état d’exprimer sa volonté est atteint d’une affection grave et incurable, dont le pronostic vital est engagé à court terme, et présentant une souffrance réfractaire aux traitements ; lorsque le patient en état d’exprimer sa volonté est atteint d’une affection grave et incurable, que sa décision entraîne son décès à court terme et que son état engendre une souffrance insupportable et, enfin, lorsque le patient est hors d’état d’exprimer sa volonté et qu’il est dans une situation d’acharnement thérapeutique conduisant à envisager l’arrêt des soins. Comme ne manque pas de relever M. BENEJAT-GUERLIN¹¹⁸⁵, « le domaine d’application du texte demeure limité. En effet, les deux premières hypothèses ne visent que la personne en phase avancée ou terminale d’une affection grave et incurable, excluant les accidentés de la vie, comme une personne tétraplégique [...] ou encore une personne âgée lassée de vivre ou dont les capacités mentales déclinent. [...] Certes, le dernier alinéa du nouveau texte [L. 1110-5-2 du Code de la santé publique] prévoit la sédation profonde et continue chez les patients hors d’état d’exprimer leur volonté et sans diagnostic vital engagé, mais uniquement en situation d’acharnement thérapeutique [...]. En somme, les personnes non mourantes et/ou conscientes restent écartées du dispositif ». En d’autres termes, bien que les avancées en matière de fin de vie soient incontestables, une catégorie de malades en est exclue. Or, les arguments allant à l’encontre d’une légalisation de l’euthanasie active ou du suicide assisté peuvent être invoqués, de la même manière que les arguments en faveur d’une maîtrise de sa mort en toutes circonstances. Au surplus, au regard de l’inadaptation des incriminations existantes¹¹⁸⁶ il faudra tenter de déterminer dans quelle mesure le droit pénal peut évoluer dans ce domaine.

Ces différentes hypothèses ont mis en lumière le champ d’intervention du droit pénal, confiné à certains domaines relevant essentiellement de la nécessité médicale. Les atteintes à l’intégrité physique sont alors justifiées par la loi, témoignant d’une libre disposition de soi qui mène jusqu’à la maîtrise de la fin de vie. Force est de constater que les exceptions se multiplient et ces constats continueront de se vérifier car il faut ajouter, à ces autorisations légales explicites, une tolérance implicite du législateur.

¹¹⁸⁵ M. BENEJAT-GUERLIN, « Droit pénal et fin de vie », art. préc., spéc. p. 524.

¹¹⁸⁶ Voir *supra* n° 246 s.

B. Les atteintes tolérées par le législateur

420. Le corps, symbole de l'autonomie personnelle – Si les hypothèses précédentes étaient motivées par un évènement extérieur, comme la maladie, il est des situations dans lesquelles l'individu se met volontairement en danger sans qu'une nécessité quelconque en soit à l'origine. Le corps peut en effet être un terrain de manifestation de la volonté au travers d'actes esthétiques tels que les piercings, les pratiques sexuelles, artistiques ou encore au travers des performances sportives. L'expression de soi ne connaissant pas de limites, ces actes peuvent aboutir à des lésions corporelles considérables, parfois plus graves que ceux que le droit pénal réprime.

421. Annonce de plan – Sous couvert d'autorisation de la loi, de la coutume, ou de la mise en œuvre infinie de certaines pratiques, l'autonomie personnelle est parfois poussée à son paroxysme. Cette tendance se manifeste au travers des activités qui illustrent l'expression de soi (1), ainsi qu'au travers des performances sportives (2).

1) L'expression de soi

422. La reconnaissance d'un droit à l'autodétermination dans le cadre des pratiques sexuelles – Après avoir consacré cette notion à l'occasion de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*¹¹⁸⁷, la CEDH a eu l'occasion de préciser le contenu de l'autodétermination dans l'arrêt *K.A et A.D c/ Belgique*¹¹⁸⁸, dont les faits sont connus. Un médecin et un magistrat se sont livrés à des pratiques sadomasochistes particulièrement violentes sur l'épouse de l'un deux et furent condamnés pour coups et blessures volontaires car la victime avait crié, sans succès, le mot convenu pour mettre fin aux actes. Condamnés pour coups et blessures volontaires, les requérants ont saisi la CEDH sur le fondement de la violation des articles 6, 7 et 8 de la Convention. Après avoir rejeté les griefs fondés sur les articles 6 et 7, la Cour se penche sur l'article 8 et considère que la vie sexuelle est une composante de la vie privée et que « le droit

¹¹⁸⁷ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; C. GIRAULT, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, n° 15, II 10062 ; *RSC* 2002, p. 645 s., obs. F. MASSIAS.

¹¹⁸⁸ CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s.

à disposer de son corps » en fait « partie intégrante »¹¹⁸⁹. Les pratiques sexuelles ne devraient donc pas entrer dans le champ des incriminations du droit pénal car elles relèvent du libre arbitre des individus. Bien que l'ingérence de l'État soit ici justifiée, la Cour fonde sa décision sur le fait que la victime avait retiré son consentement. De nombreuses contestations ont fait suite à cet arrêt¹¹⁹⁰. En effet, en considérant que des individus peuvent se livrer à des activités sexuelles mettant en danger leur intégrité physique, la Cour sous-entend que l'État ne peut s'insérer dans les rapports d'une personne avec autrui, du moins lorsque cela relève de la sphère sexuelle. L'autodétermination dans le cadre de la liberté sexuelle est donc consacrée au regard de la vie privée, qui constitue un des fondements du droit à l'autodétermination.

En réalité, le droit interne contenait déjà les manifestations de cette valeur sociale au travers des clubs sadomasochistes, dont le règlement constitue une autorisation implicite de la loi. Il s'agit en effet d'une source de droit privée, qui produit des effets en ce sens que les destinataires s'y conforment. Le sadomasochisme est constitutif d'atteintes à l'intégrité physique de la personne et, dans ce domaine, le législateur cède du terrain s'agissant de la « bonne sexualité ». Ainsi, l'appréhension de la sexualité n'est pas exempte d'incohérences puisque cette pratique relève d'une sexualité socialement acceptable. Dès lors, l'on comprend mal pourquoi les relations sexuelles tarifées attenteraient davantage à la dignité humaine qu'une pratique consistant à être traité, ou à traiter l'autre, comme un objet sexuel. La sphère sexuelle est en effet très extensive et ses composantes ne sont pas perçues de la même manière. Il en va de même avec l'art ou l'esthétisme qui, à l'instar de la sexualité, ne peuvent être définis de façon exhaustive ni se voir appliquer un critère de normalité.

423. Les motivations esthétiques et artistiques – De prime abord, les actes implicitement ou explicitement autorisés par la loi revêtent une gravité moindre. En effet, une coupe de cheveux ou un piercing n'est pas attentatoire à l'ordre public et ces actes invasifs, qui

¹¹⁸⁹ Le droit au respect de la vie privée, portant cette fois sur des actes sadomasochistes mettant en jeu la santé des individus, a connu une première illustration avec l'arrêt de la CEDH du 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*. Pour davantage de développements au regard de la notion de vie privée, voir *infra* n° 421 s.

¹¹⁹⁰ Voir par exemple F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 13^{ème} édition, 2016, p. 742 : « il n'est pas certain qu'en faisant le choix de promouvoir le droit à disposer de soi-même le juge européen ait pris le parti de défendre la dignité humaine » ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, chron. p. 1508 s., l'auteur considère que la Cour a consacré un « droit au sadisme » et a renié la dignité de l'Homme au profit de l'autonomie personnelle.

devraient être qualifiés d'atteinte à l'intégrité physique, sont justifiés par des dispositions légales, qui servent de fondement à la justification de l'infraction¹¹⁹¹.

Cependant, certains d'entre eux peuvent susciter la désapprobation sociale car l'appropriation de son corps par l'individu connaît des formes et des intensités variables. Peuvent être cités à titre d'exemple les implants transdermiques, qui sont des plaques en métal insérées sous la peau du crâne et qui permettent de visser des piercings. Cet acte consiste donc à modifier de façon irréversible une partie du corps humain pour des seules motivations esthétiques et sur le fondement de dispositions légales qui relèvent uniquement du domaine sanitaire¹¹⁹². Le législateur ne semble pas freiné par les risques existants pour la santé de l'individu, notamment liées aux complications infectieuses¹¹⁹³.

L'autonomie personnelle va encore plus loin en aboutissant parfois à une véritable mutation physique du sujet. Par exemple, Erik Sprague, ou « l'homme reptile », s'est fait tatouer tout le corps aux fins de ressembler à un lézard, puis s'est taillé les dents en pointe, la langue en deux, et s'est fait implanter des téflons au niveau de ses arcades sourcilières, de sorte qu'elles aient l'apparence de celles d'un reptile¹¹⁹⁴. Bien que cette apparence puisse choquer, l'on voit mal dans quelle mesure le droit pénal serait légitime à réprimer l'individu, ou même le tatoueur. Par ailleurs, il se présente lui-même comme une « bête de foire » ce qui n'est pas sans rappeler le caractère subjectif de la dignité. De même, l'on peut citer la pratique de la suspension qui consiste à s'insérer des crochets sous la peau du dos aux fins d'être élevé dans les airs à la seule force de la peau. Certains adeptes se donnent en spectacle et cette pratique devient une véritable performance¹¹⁹⁵, tolérée par le droit pénal malgré les lésions corporelles qu'elle entraîne.

Plus encore, la suspension fait partie d'un mouvement plus large, le *Body Hacking*, ou *Body Hacktivism*, qui consiste, comme les adeptes le présentent, à « pirater le corps

¹¹⁹¹ Par exemple, les articles R. 1310-11 et suivants du CSP réglementent ces pratiques mais il ne s'agit que de dispositions sanitaires et non relatives à l'intégrité physique.

¹¹⁹² Décret n° 2008-145 du 19 février 2008 fixant les conditions d'hygiène et de salubrité relatives aux pratiques du tatouage avec effraction cutanée et du perçage, et modifiant le code de la santé publique. Voir également les articles R. 1311-12 et suivants du CSP.

¹¹⁹³ Voir notamment F. VIALLA, « Art mineur et soins esthétiques, un danger majeur à fleur de peau », *Revue Droit et santé*, n° 37, 2010, p. 429 s., spéc. p. 430.

¹¹⁹⁴ Voir N. HAOULIA, « La réglementation des tatouages et piercings : entre expression et dignité », *Les Cahiers du droit de la santé*, 2014, n° 18, p. 189 s., spéc. p. 191.

¹¹⁹⁵ Ainsi, à Lyon la Demeure du Chaos a accueilli en 2007 deux artistes dont le *Body Hacktivist* Lukas Zpira qui se sont livrés à un « combat aérien », après avoir été suspendus par le dos.

humain ». Les adeptes du « je suis donc je me modifie »¹¹⁹⁶ considèrent que l'être humain n'a pas atteint le maximum de ses capacités et peut être amélioré notamment grâce aux nouvelles technologies. Par exemple, les *Body Hackers* s'implantent des puces qui leur permettent de contrôler les appareils électroniques à distance, des implants magnétiques qui leur permettent de ressentir l'invisible, comme les ondes, ou encore un appareil permettant de voir dans le noir.

Aussi diverses que variées, toutes ces pratiques s'imposent au législateur pénal qui n'a d'autre choix que de les tolérer pour éviter que le dirigisme dont il fait déjà preuve évolue vers l'arbitraire. Cette tolérance se traduit également par les pratiques sportives, à cette différence qu'elles suscitent moins la réprobation sociale mais elles peuvent être à l'origine de lésions corporelles dont la gravité dépasse largement celles causées par des violences légères.

2) *Les performances sportives*

424. Les dérives du sport – Dans le cadre du sport, les violences commises dans le respect de la pratique ne sont pas réprimées en vertu de la théorie de l'acceptation des risques. Autrement dit, le règlement du sport concerné, couplé au consentement du sujet qui participe volontairement, viennent faire échec à la qualification de l'infraction¹¹⁹⁷. Toutefois, cette théorie ne peut être invoquée que dans le cadre de compétitions officielles, dans les limites des risques normaux du sport pratiqué¹¹⁹⁸. Une fois ces conditions dépassées, les violences commises dans ce cadre sont réprimées¹¹⁹⁹. Plus encore, il est des sports dans lesquels, malgré le respect des règles, l'intégrité physique d'un individu peut être gravement atteinte. Les sports de combat sont de parfaits exemples, car certains d'entre eux comme le Taekwondo peuvent causer la mort des participants, notamment car les coups de pied portés à la tête sont autorisés.

¹¹⁹⁶ Voir l'ouvrage de C. FIEVET, *Body hacking. Pirater son corps et redéfinir l'humain*, FIP, 2012.

¹¹⁹⁷ Certains auteurs exhortent les juristes à penser que le consentement de la victime justifie les violences commises, voir par exemple J.-A. ROUX, *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Sirey, 1920. D'autres considèrent au contraire que chaque joueur prend le risque d'être frappé en premier donc il faudrait parler de « consentement des joueurs », voir par exemple F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, *op. cit.*, p. 101 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 254 s.

¹¹⁹⁸ Cass. ass. plén. 13 décembre 2003, n° 00-137.87. Dans le même sens, voir notamment Cass. civ. 2^{ème} 4 novembre 2010, n° 09-659.47. Voir également CA Poitiers 3 mai 1974, la cour considère qu'il faut « permettre à l'athlète libre de toute sujétion de tendre sa volonté et ses forces vers la réalisation de la performance » ; *Gaz. Pal.* 1974, 2, jurispr. p. 784.

¹¹⁹⁹ Voir par exemple Cass. crim. 5 août 1997, n° 96-84.532.

La Boxe peut également entraîner des lésions irréversibles, à court ou à long terme, comme des atteintes motrices ou sensorielles causant des handicaps physiques ou psycho-affectifs¹²⁰⁰.

Plus encore, il existe des sports extrêmes qui soulèvent par définition des interrogations particulières. Le Base jumping par exemple, qui consiste à sauter d'un objet fixe¹²⁰¹ à une altitude variable est considéré comme une des pratiques les plus dangereuses du parachutisme. La vitesse du saut peut atteindre 200 km/h, la difficulté étant de déclencher le parachute suffisamment rapidement. Aucune disposition ne vient interdire cette pratique, à laquelle s'appliquent toutefois les règles de la Fédération Française des Clubs Alpains et de Montagne. Outre le risque mortel entraîné par cette pratique, certains adeptes repoussent leurs limites et sollicitent un tiers afin qu'il lui greffe des crochets dans la peau du dos, ce qui leur permet de faire corps avec leur parachute. La qualification de cet acte interroge car s'il n'est pas certain qu'il entre dans les pratiques normales, le caractère particulier de ce sport rend la définition de ces pratiques presque impossible. En effet, un coup donné lors d'un match de Football est plus aisément identifiable au regard du comportement du sportif. Si celui-ci démontre une volonté de se battre avec son adversaire il est clair qu'il outrepassé les règles de cette pratique. En revanche, le propre d'un sport extrême consiste à repousser ses limites, qu'il est donc impossible de définir car elles sont inhérentes à chaque individu. Au surplus, l'acte n'engage que le Base jumper même s'il nécessite l'intervention d'un tiers.

Il ressort de cette analyse que, dès lors qu'un tiers intervient dans le rapport de l'individu à son corps, l'acte est susceptible de tomber sous le coup de la loi pénale et ce nonobstant le consentement du sujet. Nombre d'autorisations légales explicites ou implicites laissent alors dubitatifs quant à la pérennité du principe d'indisponibilité du corps humain, ce qui semble inéluctable au regard de ce que représente le corps pour l'individu, à savoir le moyen d'une expression personnelle.

425. Conclusion de la Section 1 – Ces développements avaient pour objet de déterminer la manière dont le droit pénal se saisit de l'autonomie individuelle et plus particulièrement de la liberté corporelle. Il en ressort que certaines valeurs sociales, comme la liberté sexuelle, sont disponibles. Dans cette hypothèse, le consentement de la victime fait obstacle à la qualification

¹²⁰⁰ Certains boxeurs sont par exemple qualifiés de « Punch Drunk » (il n'existe pas d'équivalent français pour ce terme), car le trop grand nombre de coups qui leur ont été portés causent une perte totale d'équilibre ou encore l'impossibilité d'écrire.

¹²⁰¹ *Base* étant à l'origine l'acronyme de ces quatre principaux objets, soit *Buildings*, *Antennas*, *Spans* et *Earth*.

de l'infraction car l'acte est présumé licite et il faut démontrer que la victime n'a pas consenti à l'acte pour que l'infraction soit constituée. En revanche, la vie et l'intégrité physique sont indisponibles car le consentement n'est pas, en dehors des cas où la loi le prévoit, un fait justificatif.

Toutefois, l'absence de force justificative du consentement est controversée. D'une part, elle induit une immixtion de la part du législateur dans l'intimité et les choix de l'individu. Nombre de dispositions sont fondées en réalité sur une conception de la morale propre au législateur. Or, il relève de la dignité de l'individu de décider ce qui est bon pour lui. D'autre part, à ces considérations se sont ajoutées de nombreuses exceptions qui font douter de la force du principe d'indisponibilité du corps humain. Dans certains domaines, notamment la fin de vie ou plus généralement les activités médicales, le sport, les sphères artistique, esthétique, sexuelle ou sportive, le consentement, couplé à une autorisation de la loi, dispose d'une force justificative. Par ailleurs, ces autorisations peuvent se montrer très extensives et l'autonomie personnelle se renforce progressivement. Il ressort alors de ces constats que le principe d'indisponibilité des valeurs sociales protégées est considérablement mis à mal, tant sur ses fondements que sur la place qu'il occupe dans l'infraction. En effet, en vertu de ce principe, tout acte attentatoire à la vie ou à l'intégrité physique de la personne est présumé illicite, et le consentement, couplé à l'autorisation de la loi, peut lui porter une entorse. Dans cette configuration, l'acte attentatoire à la personne est un élément constitutif de l'infraction et le consentement une cause de justification. Peut-être faudrait-il tenter d'inverser cette perspective et faire de l'absence de consentement l'élément constitutif de l'infraction, et de la lésion un acte *a priori* licite. En outre, cette perspective pourrait prendre appui sur la consécration du droit à l'autodétermination par la CEDH. Le tout permettrait peut-être d'encadrer les disparités constatées de façon plus cohérente. Cependant, inverser la fonction du consentement dans l'infraction peut se révéler périlleux au regard de l'indisponibilité de certaines valeurs sociales protégées.

Section 2 : L'affirmation de la disposition de soi en droit pénal

426. Les difficultés liées à l'autonomie personnelle comme valeur sociale protégée –

Les réticences du législateur pénal à admettre le principe de disposition de soi ont été quelque peu remises en cause, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour européenne. La CESDH ne comporte pas d'incriminations mais uniquement des obligations positives à l'égard des États, ce qui peut conduire à un mouvement de pénalisation ou de dépenalisation si l'incrimination en cause constitue « une ingérence injustifiée dans l'un des droits garantis par la Convention »¹²⁰². Or, puisque l'autonomie personnelle a connu une montée croissante dans la jurisprudence de la Cour, il est permis de s'interroger sur la pérennité du principe d'indisponibilité du corps humain en droit pénal et, plus encore, sur le fait qu'il justifie l'ingérence de l'Etat. Pour autant, il n'est pas acquis que la volonté individuelle puisse être pleinement consacrée comme une valeur sociale protégée par le législateur pénal¹²⁰³ car la perspective actuelle s'inverserait. Pour reprendre les propos d'A.-G. ROBERT, « l'affirmation d'un tel droit conduit en effet à une profonde modification du fondement de la répression pénale en matière d'atteintes corporelles : il ne s'agit plus tant de protéger l'intégrité physique des personnes que d'assurer le respect de leurs volontés individuelles. Le consentement de la victime se retrouve alors au cœur de la réponse pénale puisque c'est désormais sur son respect que semble se nouer cette réponse »¹²⁰⁴. C'est précisément sur ce point que la fonction occupée par cette valeur sociale dans l'infraction doit être débattue. À l'inverse, si la perspective actuelle est conservée le consentement continuerait à participer de la justification de l'infraction. Il faudrait tout de même tenter de remédier aux disparités et aux incohérences constatées, notamment à l'aide des critères précédemment dégagés.

427. Annonce de plan - En conséquence, afin de déterminer si la libre disposition de soi peut devenir un principe, il convient de l'envisager comme un élément constitutif de l'infraction. Dans cette perspective, le consentement de la victime est présumé et l'infraction

¹²⁰² En ce sens, voir A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op. cit., p. 647 s. Voir également F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, p. 363 s.

¹²⁰³ Sur la consécration législative des valeurs sociales protégées, voir *supra*, n° 333 s.

¹²⁰⁴ A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », art. préc., spéc. p. 650.

constituée uniquement si son refus peut être prouvé. Ceci aboutira cependant à un échec (§1) et au maintien corrélatif du consentement couplé à l'autorisation de la loi comme cause de justification de l'infraction. Toutefois, la définition de l'autonomie personnelle telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la CEDH permettra au droit pénal de s'étendre (§2) en exploitant ce consentement justificatif.

§ 1 - L'échec de l'autonomie personnelle comme élément constitutif de l'infraction

428. La traduction pénale du droit à l'autodétermination – L'absence de définition du droit à l'autodétermination a été palliée par la CEDH dans l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*¹²⁰⁵. Ce droit reçoit diverses qualifications, notamment celle de liberté ou de droit subjectif¹²⁰⁶. Aux termes de la jurisprudence de la CEDH, l'autonomie personnelle est issue du droit au respect de sa vie privée, valeur sociale consacrée par le droit pénal. Au-delà, elle semble également reconnaître l'autonomie personnelle comme une valeur autonome, ce qui renforce l'assise de cette dernière. Il faut alors déterminer quelle peut être la place de cette valeur sociale dans l'infraction, et, plus particulièrement, en quoi le fait qu'elle soit issue de la vie privée peut modifier la fonction du consentement.

En effet, si le consentement est issu de la « valeur sociale vie privée », cela signifie que l'autonomie personnelle découle de cette valeur. Or, il sera démontré que la vie privée fait partie des quelques valeurs sociales disponibles, c'est-à-dire celles dont l'atteinte est licite sauf à démontrer l'absence de consentement, à l'instar de la liberté sexuelle. La perspective s'inverse car dans ces hypothèses l'atteinte corporelle ne serait punie que si la victime n'a pas consenti à l'atteinte, alors qu'en droit positif l'atteinte est par principe réprimée et exceptionnellement justifiée par le consentement de la « victime ». En outre, l'expression de la volonté individuelle implique que l'individu soit libre de faire des choix qui concernent sa propre vie, lesquels doivent inévitablement être confrontés à ceux d'autrui, ce qui pourrait justifier l'ingérence de

¹²⁰⁵ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

¹²⁰⁶ Au regard de la distinction précédemment établie entre les droits subjectifs et les valeurs sociales protégées, le droit pénal se présente soit comme « un droit sanctionnateur des droits subjectifs » soit, à l'inverse, comme un créateur de ces droits, voir J.-CH. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Droit pénal*, septembre 2011, étude n° 20. La répression de la lésion à certaines valeurs sociales élève peu à peu ces dernières au rang de droits subjectifs, par le biais de l'action en justice.

l'État. Cette valeur doit donc être étudiée au regard de son contenu mais également des limites qui la sous-tendent.

429. Annonce de plan – L'absence de consentement pourrait, de prime abord, occuper la fonction d'élément constitutif des infractions relatives au corps humain car le rayonnement de l'autonomie personnelle est considérable (**A**). Il faudra toutefois admettre que certaines limites s'imposent à cette valeur (**B**), qui feront échec à sa reconnaissance et, partant, à l'absence de consentement comme élément constitutif de l'infraction également.

A. Le rayonnement de l'autonomie personnelle

430. Fondements et caractéristiques d'une valeur extensive – La jurisprudence de la CEDH constitue un précieux outil pour celui qui voudrait appréhender la notion de libre disposition de soi. Il est indéniable que son rayonnement entraîne autant d'interrogations quant à la dignité de la personne qu'il existe de libertés qui lui sont conférées. Cette notion vient une nouvelle fois à menacer d'entraver la liberté de l'individu, par ailleurs potentiellement très étendue car la vie privée est une notion particulièrement extensive et de surcroît disponible. Elle recouvre en effet des infractions dont la qualification est neutralisée par le consentement et si les infractions relatives au corps humain devaient être construites de la même manière, il faudrait alors prouver l'absence de consentement pour que l'acte soit répréhensible.

Le rayonnement de l'autonomie personnelle sera tout d'abord étudié au travers du contenu de la notion de vie privée. Fondement de l'autonomie personnelle (**1**), cette valeur sociale a la particularité d'être disponible (**2**).

1) La vie privée, fondement de l'autonomie personnelle

431. La notion de vie privée dans la CESDH – La CEDH a eu l'occasion de préciser, dans l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*¹²⁰⁷, que la notion d'autonomie personnelle n'est pas directement issue de l'article 8 de la CESDH mais « reflète un principe important que sous-tend

¹²⁰⁷ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

l'interprétation des garanties »¹²⁰⁸ de cet article. Elle définit le droit à l'autodétermination comme « la faculté [pour l'individu] de mener sa vie comme il l'entend »¹²⁰⁹ ainsi que le « droit d'opérer des choix concernant son propre corps »¹²¹⁰, même si cela consiste à « s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour la personne »¹²¹¹. La Cour européenne a déjà eu l'occasion d'affirmer un droit au respect de la vie privée au travers des arrêts *Dudgeon c/ Royaume-Uni*¹²¹², dans lequel elle impose aux États une obligation négative de ne pas réprimer les relations homosexuelles, et *Emel Boraz c/ Turquie*¹²¹³. La Cour enjoint les États, dans ce dernier arrêt, à réprimer la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Le droit au respect de la vie privée, concernant cette fois des actes sadomasochistes mettant en jeu la santé des individus, a connu une première illustration avec l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* du 19 février 1997¹²¹⁴. En l'espèce, les requérants ont été condamnés à de lourdes peines pour avoir commis des violences dans le cadre de relations sexuelles sadomasochistes. La Cour européenne considère néanmoins qu'il n'y a pas eu de violation du droit au respect de la vie privée¹²¹⁵ car leur condamnation était nécessaire et proportionnée au regard de la protection de la santé. Enfin, l'arrêt *K.A et A.D c/ Belgique* précédemment étudié a achevé de dessiner les contours de l'autonomie personnelle, puisque la Cour se fonde sur l'article 8 pour expliquer que la vie sexuelle est une composante de la vie privée, laquelle comprend le droit à disposer de son corps.

Si elle apporte des précisions non négligeables à la définition de l'autonomie personnelle, la notion de vie privée demeure floue et extensive car elle se compose d'éléments de la personnalité de l'individu et se manifeste de diverses manières¹²¹⁶. Elle recouvre

¹²⁰⁸ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, § 62.

¹²¹⁰ *Ibid.*, § 66.

¹²¹¹ *Ibid.*, § 62.

¹²¹² CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*.

¹²¹³ CEDH 2 décembre 2014, n° 61960/08, *Emel Boraz c/ Turquie*.

¹²¹⁴ CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

¹²¹⁵ La Cour européenne émet toutefois une réserve quant au lien entre les pratiques sexuelles et la vie privée car elle estime que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8. En l'espèce [...] il ne fait aucun doute que les tendances et le comportement sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée [...]. Cependant, un nombre considérable de personnes ont pris part à ces actes [...]. Il est donc permis de se demander, vu les circonstances particulières de l'espèce, si les pratiques sexuelles des requérants relèvent entièrement de la notion de "vie privée" » (§ 36).

¹²¹⁶ Pour une présentation détaillée de cette notion et de ses manifestations, voir F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH*, Bruylant, 2005, p. 11 s. ; S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, op. cit. ; H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015, p. 390 s.

notamment le droit d'être parent, de choisir les conditions de sa mort ainsi que le respect de l'intégrité physique¹²¹⁷. De manière générale, elle induit le « droit de vivre en privé, loin de toute atteinte non voulue »¹²¹⁸. S.-M. FERRIE explique que « le droit au respect de la vie privée permet alors de s'opposer à une intrusion dans le cadre de sa vie privée mais aussi de revendiquer la possibilité d'agir conformément à ses choix dans ce même cadre. Du droit d'être laissé seul, le droit au respect de la vie privée devient aussi le droit d'entretenir des relations avec autrui à l'abri de toute ingérence »¹²¹⁹. Par définition, la vie privée induit la liberté de faire et d'agir en son seul intérêt. L'on voit poindre ici une contradiction, du moins en apparence, car si le droit au respect de la vie privée a pour corollaire la volonté individuelle, dans quelle mesure l'individu est-il libre d'agir comme il l'entend sans heurter les droits des tiers ? De tels actes de sadomasochisme peuvent en effet être perçus comme portant atteinte à la dignité de l'individu ou de l'humanité.

432. L'émancipation de la notion d'autonomie personnelle – Plus encore, A. CASADO démontre que le principe d'autonomie personnelle peut dépasser le champ de la vie privée¹²²⁰, étendant ainsi son fondement. En effet, aux termes de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle ». Plus encore, F. SUDRE considère par exemple que la notion d'autonomie personnelle « semble devoir jouer le rôle de principe matriciel de la Convention »¹²²¹. En conséquence, il pourrait être soutenu que l'ingérence de l'État ne se justifierait qu'en raison d'un trouble à l'ordre public et non au regard des ingérences relatives à l'article 8 de la CESDH¹²²². Toutefois, une telle consécration de l'autonomie personnelle induit de confronter les choix des individus et relance les controverses relatives à la dignité. Aux termes d'une analyse de cette notion et de son appréhension sociale et juridique, il en est ressorti que la dignité, qui pourrait faire obstacle à une conception extensive de

¹²¹⁷ Voir par exemple CEDH 24 février 1998, n° 21439/93, *Botta c/ Italie* § 35 : « la sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la CESDH est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans ses relations avec ses semblables ».

¹²¹⁸ CEDH 24 juillet 2003, n° 46133/99 et 48183/99, *Smirnova c/ Russie*, § 95.

¹²¹⁹ S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, op. cit., p. 113. Voir également E. DREYER, « Vie privée », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, sous la dir. de D. CHAGNOLLAUD et G. FRAGO, Dalloz, 2006, p. 726 s.

¹²²⁰ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 110 s.

¹²²¹ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne de droits de l'homme » *JCP G* 2006, n° 5, doct. 109, spéc. n° 10.

¹²²² A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 114 s.

l'autonomie personnelle, doit s'entendre avant tout en son sens subjectif¹²²³. Chacun est libre de décider pour lui-même, dans le respect de l'ordre public. Sous cet angle, la dignité ne constitue donc pas un frein à l'autodétermination mais elle contribue à sa reconnaissance.

433. La dignité au soutien de l'autodétermination¹²²⁴ – L'autodétermination ne constituerait en rien un obstacle dirimant à la dignité de la personne. Elle en serait encore moins un des piliers¹²²⁵. En effet, si la dignité réside dans cette capacité de l'individu à savoir ce qui lui est favorable¹²²⁶ l'autonomie personnelle concrétise cette notion. À l'appui de cet argument, G. GLENARD souligne que « dans ces conditions, il est tout à fait logique que, dans la décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, IVG, le Conseil constitutionnel ait mis en balance la dignité de la personne humaine avec la liberté de la femme de recourir à une interruption volontaire de grossesse, alors que cela aurait pu ne pas aller de soi dès lors que la liberté présuppose la vie »¹²²⁷. Cette décision traduit la primauté, au demeurant indispensable pour pouvoir légaliser l'avortement, de l'autonomie personnelle de la mère, pour qui l'interruption volontaire de grossesse relève de sa dignité. De même, le Conseil d'État a également contribué à ce que la dignité soit au service de l'autodétermination dans son avis du 25 mars 2010 relatif au port du voile intégral¹²²⁸. En effet, le juge administratif considère désormais que ce principe « implique par nature le respect de la volonté individuelle »¹²²⁹. Au soutien de cette position, il s'appuie sur l'arrêt *K.A et A.D c/ Belgique* ainsi que sur le droit interne, au travers des articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²³⁰. Ils disposent en effet respectivement que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Le Conseil d'État précise par ailleurs que « l'appréciation de ce qui porte ou non atteinte à la dignité de la personne est, au moins

¹²²³ Voir *infra* n° 294 s.

¹²²⁴ S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine, op. cit.*, p. 381 s.

¹²²⁵ Pour de plus amples développements, voir *ibidem*.

¹²²⁶ E. DREYER souligne par ailleurs qu'il ne s'agit pas de permettre à chacun de définir sa propre dignité, puisqu'auquel cas il y aurait autant de définitions que d'individus, « il s'agit uniquement de donner aux individus le droit de défendre cette valeur essentielle lorsqu'elle est compromise en leur personne », voir E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », art. préc., spéc. p. 41. L'auteur relève également que la jurisprudence a pu considérer que le fait pour un grand acteur d'être devenu célèbre rend encore plus nécessaire le fait de pouvoir refuser l'utilisation de son image notamment par dignité, voir TGI Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, confirmé par CA Aix-en-Provence 21 mai 1991, *Bull. inf.* n° 331.

¹²²⁷ G. GLENARD, « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », art. préc., spéc. p. 870.

¹²²⁸ CE, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Ass. plén., 25 mars 2010.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 19. Le juge administratif ajoute que ce principe peut faire l'objet de deux acceptions, « celle de l'exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité, le cas échéant, aux dépens du libre-arbitre de la personne [...] et celle de la protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine ».

¹²³⁰ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

potentiellement, relativement subjective » et ne conçoit pas, dès lors, d'élaborer un régime d'interdiction au regard d'un fondement empreint de subjectivité et d'évolution pour des raisons de temps et de lieux¹²³¹.

La vie privée se caractérise donc par son étendue, laquelle influe inévitablement sur le contenu du droit à l'autodétermination qui en découle. Si toutefois elle constitue un fondement à l'autonomie personnelle, il faut alors admettre que l'individu disposerait librement de certaines valeurs sociales comme la vie ou l'intégrité physique.

2) *La vie privée, valeur sociale disponible*

434. Le consentement au cœur des incriminations relatives à la vie privée – Les développements précédents ont mis en lumière toutes les limites apportées à l'autonomie personnelle, essentiellement issues de l'indisponibilité des valeurs sociales protégées. Néanmoins, il a été expliqué que dans certaines hypothèses, lorsque l'individu met son corps à la disposition d'un tiers le consentement comporte une fonction justificative. Tel est le cas lorsque l'incrimination est disponible, c'est-à-dire qu'elle octroie elle-même à l'individu la possibilité d'autoriser autrui à léser la valeur sociale qui sous-tend l'incrimination. Or, l'atteinte à la vie privée est parfois conditionnée par le refus du sujet puisque le consentement de celui-ci à l'immixtion d'un tiers dans sa sphère d'intimité est « une composante autonome de la norme d'incrimination »¹²³². L'article 226-1 du Code pénal relatif à l'espionnage audiovisuel dispose par exemple en son dernier alinéa que « lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé. Les articles 226-2 et 226-2-1 portant sur les modalités de l'espionnage individuel renvoient quant à eux à l'article 226-1 et sont donc soumis au même régime. Autrement dit, le consentement fait ici obstacle à la qualification de l'infraction. De même, l'article 226-4 du Code pénal ne réprime l'introduction dans le domicile d'autrui que s'il a été commis « à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte », tout comme le maintien dans le domicile.

¹²³¹ CE, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Ass. plén., 25 mars 2010, p. 21.

¹²³² J.-CH. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », art. préc.

Depuis sa consécration dans l'article 9 du Code civil la vie privée est un droit subjectif¹²³³, qui reçoit une traduction pénale moins au travers de sa définition que de ses supports¹²³⁴. Le domicile¹²³⁵, l'image ou encore les correspondances¹²³⁶ constituent les objets des infractions relatives à la vie privée. Or, puisque l'autonomie personnelle relève de la vie privée et que le corps est un support des valeurs sociales, il constitue un support de la « valeur sociale vie privée », tout comme le domicile. Dès lors, tout comme le consentement à l'introduction dans un domicile neutralise l'infraction, le consentement à l'atteinte corporelle rendrait la qualification impossible. De même, si l'on admet la consécration d'une « valeur sociale autonomie personnelle » autonome, indépendante de la vie privée, il faudrait considérer que la lésion corporelle est en principe licite sauf à démontrer l'absence de consentement de la victime.

Ces développements ont mis en lumière la consécration d'un droit à l'autodétermination qui, selon la manière dont le droit pénal le réceptionne, est susceptible de renverser la perspective sous laquelle il appréhende l'autonomie individuelle. Cependant, persévérer en ce sens nécessite que l'autonomie individuelle soit conciliable avec d'autres valeurs sociales et avec l'ordre public. Bien qu'elle soit limitée par les ingérences prévues à l'article 8 de la CESDH ou plus largement par l'ordre public, la force justificative de l'autonomie personnelle dépend essentiellement du respect de l'ordre public.

B. Les limites à l'autonomie personnelle

435. L'influence restreinte de la vie privée – Les valeurs sociales dont l'individu a la libre disposition ont ceci de particulier que les incriminations qui leur sont rattachées présentent l'absence de consentement comme un élément constitutif de l'infraction. En conséquence, celui-ci fait obstacle à l'intervention pénale. L'étude de la traduction pénale du droit au respect de la vie privée révèle que les atteintes qui lui sont portées sont construites sur ce modèle. La

¹²³³ Comme l'explique J.-CH. SAINT-PAU, le droit au respect de la vie privée se traduit d'abord par l'exercice d'une action en justice civile consistant à demander la réparation du préjudice ainsi que la cessation du trouble. Il est ensuite sanctionné par une action en justice pénale prenant sa source dans les incriminations réprimant l'atteinte à cette valeur sociale, voir J.-CH. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », art. préc.

¹²³⁴ *Ibidem*. Plus généralement, voir J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 674 s.

¹²³⁵ Article 226-4 du Code pénal.

¹²³⁶ Article 226-15 du Code pénal.

libre disposition de soi, qui s'exprime donc au travers de la vie et de l'intégrité physique, pourrait faire de ces biens juridiques des valeurs sociales disponibles et permettre ainsi une reconnaissance pleine et entière de l'autonomie personnelle en droit pénal. Cela impliquerait alors que ces valeurs sociales protégées puissent être à la disposition de la personne¹²³⁷ sans que cela ne vienne heurter de façon dirimante les fondements du droit pénal.

436. Annonce de plan – L'autonomie personnelle est limitée par des considérations juridiques mais également par les considérations morales qui guident une société et les normes qui l'encadrent. L'indisponibilité de la vie et de l'intégrité physique (2) ainsi que l'ordre public (1) limitent inévitablement son rayonnement.

1) *L'ordre public, limite à l'autonomie personnelle*

437. Le contenu évolutif de l'ordre public – La liberté individuelle peut être limitée par la gravité de l'acte. Plus largement, l'autodétermination de l'individu peut pâtir d'une ingérence de l'État mais seulement en opposant à l'individu un intérêt supérieur. De nombreuses définitions ont été élaborées par la doctrine, dont la plus usitée reste celle de PH. MALAURIE pour qui « l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité »¹²³⁸. L'ordre public induit une conciliation entre l'intérêt général et l'intérêt privé, avec, entre ces deux catégories, « un va-et-vient incessant selon les époques et les lieux en fonction des jugements de valeur que portent la société et ses organes représentatifs »¹²³⁹. Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'ordre public, qui recoupe le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique, constitue une garantie de la sauvegarde des droits à valeur constitutionnelle¹²⁴⁰. Une conciliation est alors nécessaire entre l'ordre public et le respect des volontés individuelles¹²⁴¹.

¹²³⁷ La liberté sexuelle est considérée comme une valeur sociale disponible, voir *supra* n° 401 s.

¹²³⁸ PH. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1953.

¹²³⁹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, janvier 2016, n° 2.

¹²⁴⁰ Cons. const. 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *JO* du 22 janvier 1981 ; Cons. const. 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *JO* du 26 janvier 1985.

¹²⁴¹ À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a considéré à l'occasion de l'examen de la loi pour la sécurité intérieure, que la recherche des auteurs d'une infraction devait être conciliée avec, notamment, le respect de la vie privée et de la liberté d'aller et venir, Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *JO* du 19 mars 2003.

S.-M. FERRIE décrit l'ordre public comme un instrument d'ingérence¹²⁴², « de hiérarchisation des intérêts en présence permettant d'évincer un intérêt au profit d'un autre, jugé plus légitime »¹²⁴³. Quelle que soit la fonction qu'elle peut occuper dans l'infraction, l'autonomie personnelle devra être conciliée avec les autres valeurs sociales dont la personne est bénéficiaire car une liberté ne peut être absolue. Bien que l'ordre public se dirige de plus en plus vers une protection des libertés individuelles, il est inhérent à la vie en collectivité que la liberté d'une personne ne peut sacrifier celle d'autrui que dans une certaine mesure. La notion d'ordre public est donc extensive, malléable et évolutive, et constitue une mise en balance permanente des valeurs sociales protégées, qui verront leur importance varier au gré du temps et selon l'objet sur lequel elles portent. En effet, ce qui est considéré comme faisant partie des bonnes mœurs aujourd'hui sera peut-être exclu de cette catégorie à l'avenir et inversement.

La notion de bonnes mœurs¹²⁴⁴ se trouve en effet à la source de l'ordre public¹²⁴⁵. Les bonnes mœurs constituent une morale coutumière qui vient au soutien de la défense de l'ordre public, en ce qu'elles ont pour fonction de « préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité »¹²⁴⁶. Considérées comme le contenant de la morale sociale, les bonnes mœurs sont par définition évolutives et constituent de ce fait un instrument incertain pour identifier ce qui mérite d'être autorisé par la loi ou non. Par ailleurs, comme le relève A. CASADO depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle la liberté sexuelle a grandement contribué à l'évolution de la notion de bonnes mœurs¹²⁴⁷. Celle-ci se cantonnerait désormais à « la morale sexuelle, à la

¹²⁴² S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, op. cit., p. 287.

¹²⁴³ *Ibid.*, p. 290.

¹²⁴⁴ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND considèrent que les bonnes mœurs et l'ordre public traduisent tous deux la supériorité de la société et qu'il n'y aurait de ce fait aucune raison de les distinguer, voir J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, janvier 2016, n° 10. Partant, les bonnes mœurs seraient une composante de l'ordre public.

¹²⁴⁵ F. SENN, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, Tome I, p. 53 s. ; M. PENA, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *RRJ* 1992, p. 499 s.

¹²⁴⁶ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, janvier 2016, n° 37. Sur cette notion, voir J. CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, Publication du C.U.R.A.P.P., PUF, 1994. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, Tome I, L'acte juridique, 16^{ème} édition, 2014, p. 275 s. ; F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} édition, 2013, p. 432 s. ; G. PIGNARRE, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 2005, p. 1290 s.

¹²⁴⁷ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 501.

pudeur, ou encore à la décence »¹²⁴⁸. Pour autant, elles ne peuvent être identifiées à la morale¹²⁴⁹, tout au plus peuvent-elles être un indice qui se doit d'être complété par d'autres critères plus précis et qui constituent des composantes de l'ordre public, comme l'a fait la Cour européenne en imposant la limite de la gravité de l'acte.

438. L'ingérence de l'État justifiée par la gravité de l'acte attentatoire à l'ordre public – Si la supériorité de la volonté individuelle est admise, celle-ci doit être assortie de limites justifiant l'ingérence de l'État. Dans son arrêt *K.A et A.D c/ Belgique*, la CEDH considère que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles librement consenties », à part s'il existe « des raisons particulièrement graves »¹²⁵⁰. Il est à noter que les précédents en la matière diffèrent, de prime abord, de cet arrêt. En 1997, la CEDH a en effet jugé pour des faits similaires qu'il relève de l'État de réguler les pratiques entraînant des dommages corporels, et que le fait que ce soit des pratiques sexuelles n'y change rien¹²⁵¹. Elle a ensuite jugé le 31 juillet 2001, toujours pour des faits similaires, qu'« à un certain stade [...] l'intervention de l'État est justifiable, soit parce qu'elle ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, soit pour la protection, par exemple, de la santé ou de la morale »¹²⁵². Cela ne signifie pas pour autant que la Cour a opéré un revirement de jurisprudence¹²⁵³ bien que, il est vrai, ces précédents soient passés sous silence. La gravité de l'acte permet donc de justifier une ingérence de l'État et constitue de ce fait une composante de l'ordre public. Cette gravité revêt cependant deux formes car elle s'entend de la lésion corporelle qu'elle cause mais également de la réprobation sociale qu'elle entraîne.

439. Le critère du socialement acceptable - S.-M. FERRIE démontre que la restriction d'un pouvoir individuel ne peut se faire qu'au profit du « socialement acceptable », c'est-à-dire dans l'objectif de maintenir les règles régissant la vie sociale¹²⁵⁴. La préservation des droits des

¹²⁴⁸ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 502. Ce dernier souligne par ailleurs l'abandon, par la jurisprudence, du fondement des mœurs pour sanctionner les libéralités aux concubins adultères dès lors qu'elles tendaient à l'établissement, au maintien ou à la reprise de la relation adultérine, voir Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1999, n° 96-11.946 ; *JCP G* 1999, II 10083, note BILLIAU et G. LOISEAU ; Cass. ass. plén. 29 octobre 2004, n° 03-11.238 ; *JCP G* 2005, II 10011, note F. CHABAS.

¹²⁴⁹ F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 432.

¹²⁵⁰ CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* § 84.

¹²⁵¹ CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

¹²⁵² CEDH 31 juillet 2001, n° 35765/97, *A.D.T c/ Royaume-Uni*.

¹²⁵³ En ce sens, voir par exemple F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2009, p. 3 s.

¹²⁵⁴ S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 293.

tiers peut donc constituer un motif d'ingérence de l'État dans l'exercice de ce droit. À titre d'exemple, les tiers peuvent se voir atteints dans leurs droits lorsque la preuve du consentement à un acte n'est pas aisée à rapporter. Tel est le cas de la question de la légalisation de l'euthanasie car admettre ce droit à mourir au profit de la liberté individuelle de certains peut mettre d'autres, plus vulnérables, en danger. Leur consentement à l'acte est potentiellement vicié ou influencé et le maintien d'un ordre public de protection restreint ces hypothèses¹²⁵⁵. L'ordre public se compose donc du critère de l'acceptation sociale, dont l'origine interroge. La société tolère-t-elle ces pratiques car le législateur les a pour partie consacrées, ou est-ce qu'elles ont été consacrées car la société les tolère ? Si l'on part du postulat selon lequel l'incrimination est créée dans l'optique de protéger des valeurs jugées importantes à une société donnée à une époque donnée, l'acceptation sociale amène l'autorisation légale ou, à tout le moins, la tolérance du législateur.

De même, la question se pose particulièrement dans le cadre des pratiques culturelles et religieuses¹²⁵⁶. Par exemple, si la circoncision dite « médicale » ne pose pas de difficulté, la circoncision « rituelle » n'est que tolérée¹²⁵⁷. En outre, certaines femmes consentent à l'excision, que l'on a proposé de réprimer sous la qualification de tortures et actes de barbarie¹²⁵⁸. Au-delà de la disposition de soi, ces hypothèses soulèvent d'autres difficultés car la preuve du consentement est particulièrement difficile à rapporter. En effet, les femmes cèdent souvent sous la pression familiale et leur consentement est vicié. Ainsi, pour deux actes commis aux mêmes motifs de religion et de culture, l'un est toléré tandis que l'autre est réprimé. La gravité de l'atteinte conditionne la primauté de la disposition de soi, ce qui illustre la dépendance du corps à la valeur sociale qu'il véhicule. En effet, s'il apparaît que l'autonomie personnelle est jugée plus importante que l'intégrité physique les lésions portées au corps ne seront pas sanctionnées.

¹²⁵⁵ S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, op. cit., p. 312 s.

¹²⁵⁶ Pour davantage de développements sur cette question, voir notamment R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 9 s.

¹²⁵⁷ Si toutefois elle est connue car l'acte est effectué la plupart du temps dans le secret des familles.

¹²⁵⁸ Voir *supra* n° 350.

2) *L'intégrité physique et la vie, valeurs sociales indisponibles*

440. L'obstacle lié à la preuve du consentement – Le renversement de la perspective, qui consisterait à faire du consentement une valeur sociale protégée, aurait le mérite d'apporter de la cohérence à toutes les exceptions à l'interdiction de la libre disposition de soi. Cependant, conférer un caractère disponible à la vie ou à l'intégrité physique implique de pouvoir être certain du consentement donné par la victime et de son caractère libre et éclairé, car « le seuil de l'illicite dépend du comportement de la victime alors même que l'auteur aurait accompli tous les actes infractionnels »¹²⁵⁹. Toutefois, la preuve du consentement de la « victime » rencontre de nombreux obstacles, ne serait-ce que parce qu'il est impossible d'accéder au for intérieur de l'individu.

À ce titre, A.-G. ROBERT relève que ce consentement pourrait être considéré par principe vicié, en ce sens que celui qui consent à la lésion fait nécessairement preuve d'une volonté altérée¹²⁶⁰. Dès lors, cela dépend de ce qui sous-tend ce vice et dans quelle mesure ce comportement est socialement acceptable et ne contrevient pas à l'ordre public. Pour reprendre l'exemple cité, il va de soi que le consentement de celui qui sollicite un tiers dans le but d'être mangé par lui est dicté par une pathologie. De même, le domaine de la liberté sexuelle soulève des difficultés car les pratiques sur lesquelles la société jette l'opprobre trouvent parfois leur origine dans un trouble psychologique. Si, dans ce cas de figure, le consentement est inévitablement vicié, il demeure nécessaire de déterminer ce que signifie une « relation sexuelle normale », ce qui n'est pas sans rappeler le cas de la prostitution¹²⁶¹. De la même manière, parmi les performances artistiques précédemment évoquées le *Body Hacktivisme* pourrait être l'illustration d'une affection psychologique exprimée sous couvert de velléités artistiques. Doit-on considérer que le consentement des artistes est vicié et, partant, sanctionner tous ceux qui auraient des comportements jugés déviants ? Le cas échéant, la performance artistique « normale » ou, à l'inverse, « anormale », devra également s'accompagner d'une définition, démarche qui semble aussi vaine que dénuée de sens.

¹²⁵⁹ J.-CH. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », art. préc. (à propos de la diffusion d'images sans consentement).

¹²⁶⁰ A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », art. préc., spéc. p. 655 s.

¹²⁶¹ Voir *supra* n° 403.

Outre la difficulté liée à la construction de ces définitions visant à délimiter le consentement du sujet, il est nécessaire de déterminer la cause de ses actes, autrement dit de sonder son for intérieur et de lui porter un jugement. Cette opération aboutirait toutefois à cette forme de morale dirigiste dénoncée plus avant¹²⁶² et ce serait là dénaturer le rôle de l'État. Pour reprendre les propos de HAURIOU, la police « n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel, l'ordre dans la rue. Elle ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente ; si elle l'essayait, elle verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences »¹²⁶³. Cette hypothèse ne peut donc qu'être rejetée car cette intrusion dans le for intérieur de la personne constituerait une atteinte incontestable à sa vie privée, que l'on cherche justement à éviter au travers de l'autonomie personnelle. En effet, celle-ci, qui consiste avant tout à ne pas juger les actes des individus, se retournerait contre ces derniers en devenant un motif d'atteinte à la vie privée¹²⁶⁴. L'admission d'un consentement exclusif connaît donc un premier obstacle en ce que la preuve de son existence semble difficile à rapporter. Il faut ajouter à ceci que le droit à autodétermination n'est pas absolu, puisque l'ingérence de l'État peut être justifiée.

441. Les obstacles liés à l'intégrité physique et à la vie – Le consentement exclusif suffit parfois à faire obstacle à la qualification de l'infraction mais la Cour européenne ne considère aucunement que la volonté de la victime occupe à elle seule la fonction de fait justificatif. Au contraire, elle explique que le droit pénal peut intervenir dans la sphère de la liberté sexuelle dès lors qu'il existe « des raisons particulièrement graves », cristallisées par l'atteinte à l'intégrité physique et, par extension, à la vie¹²⁶⁵. La vie privée et la liberté sexuelle sont des valeurs sociales disponibles, ce qui pourrait *a priori* justifier la libre disposition du corps humain. Toutefois, tel n'est pas le cas de l'intégrité physique ou de la vie qui sont des valeurs sociales indisponibles, autrement dit des valeurs auxquelles l'atteinte n'est justifiée qu'avec l'autorisation de la loi. En outre, les obstacles liés au consentement de la victime rendent cette conception peut pertinente.

¹²⁶² Voir *supra* n° 403 s.

¹²⁶³ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1933, p. 549 s.

¹²⁶⁴ En ce sens, voir F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », art. préc.

¹²⁶⁵ Autrement dit, la « liberté sexuelle trouve une "limite" – et non pas sa seule limite – dans le respect de la volonté de la victime », A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », art. préc., spéc. p. 659.

Par ailleurs, liberté sexuelle et intégrité physique se confondent dans l'acte sexuel, tout en se dissociant¹²⁶⁶. Tant que l'intégrité physique n'est pas gravement atteinte, son caractère indisponible ne viendra pas limiter la liberté sexuelle en permettant l'ingérence de l'État. En revanche, si tel est le cas la mise en balance de ces deux valeurs s'effectue à la faveur de l'intégrité physique. En d'autres termes, il faut se garder de conclure à une libre disposition de l'intégrité physique ou de la vie sous prétexte que l'autodétermination est fondée sur la vie privée ou, plus généralement, qu'elle fait l'objet d'une reconnaissance autonome. En réalité, l'intégrité physique n'est pas disponible mais exploitable, jusqu'à ce que son support subisse une lésion trop importante. Ceci explique que la liberté sexuelle peut connaître, par extension, des limites. La vie n'est quant à elle disponible que dans une certaine mesure, cantonnée aux autorisations légales.

Une première intégration de l'autonomie personnelle en droit pénal a été tentée en exploitant la libre disposition de soi. En effet, puisque ce principe est truffé d'exceptions l'on peut être tenté d'inverser la perspective et d'intégrer l'autonomie personnelle comme une valeur sociale protégée, qui ferait obstacle à la qualification de l'infraction. Néanmoins, le consentement exclusif ne peut remplir cette fonction, notamment car il ne semble pas pertinent de rendre disponibles la vie et l'intégrité physique. En revanche, puisque l'autonomie personnelle comporte une assise considérable qui ne cesse de croître, et qu'il a été démontré que les entorses à l'indisponibilité du corps humain proviennent essentiellement de l'autorisation de la loi, peut-être faut-il exploiter le consentement justificatif. Celui-ci pourrait être le contenant d'une autonomie personnelle plus affirmée.

§ 2 - L'extension de l'autonomie personnelle comme élément justificatif de l'infraction

442. L'exploitation du droit pénal en vigueur – Les disparités et le manque de cohérence dont témoigne parfois le droit pénal dans son appréhension de l'autonomie individuelle n'ont pas pu être atténuées par une consécration de l'autonomie personnelle comme valeur sociale protégée. L'absence de consentement ne pouvant être un élément constitutif de

¹²⁶⁶ Sur la distinction, toutefois, entre la liberté sexuelle et la libre disposition de soi, voir A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 110 s.

l'infraction, le modèle actuel d'un consentement couplé à l'autorisation de la loi doit être maintenu, à ceci près qu'il a été démontré que le rayonnement de l'autonomie personnelle est imposant. Elle dispose d'une assise affirmée qui peut permettre de légitimer la justification, par la loi, d'un comportement, dans la limite où le trouble qu'il occasionne à l'ordre public ne prend pas le pas sur la volonté individuelle de la personne.

443. La progression restreinte du droit pénal – L'ingérence de l'État dans la vie privée des individus doit en effet être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être considérée comme nécessaire dans une société démocratique. Par conséquent, même si le champ de l'autonomie personnelle peut être étendu, elle devra être conciliée avec les considérations morales et sociales qui composent l'ordre public et les bonnes mœurs. Certains domaines comme la prostitution, la fin de vie ou encore la gestation pour autrui ont en effet soulevé des interrogations quant au bien-fondé de l'intervention de l'État, ou quant aux principes qui sous-tendent cette intervention. Il est désormais envisageable de les confronter notamment au respect de la vie privée et de voir dans quelle mesure ils peuvent être appréhendés autrement. En d'autres termes, il s'agit de déterminer ce qui est considéré comme conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans la société actuelle, aux fins de comprendre les choix du législateur et de les utiliser comme référence dans les domaines encore incertains du droit pénal. Il semble peu pertinent d'effectuer cette démarche à l'appui d'un regard empreint de morale, qui conduirait à expliquer ce que *doivent être* l'ordre public et les bonnes mœurs. L'on préférera dégager le ou les critères communs aux exceptions relevées afin de voir ce qui justifie ces infractions à l'heure actuelle.

Le champ d'intervention du consentement justificatif devra tout d'abord être identifié (A), pour ensuite être exploité (B) au regard de la notion d'autonomie personnelle.

A. Le champ d'intervention du consentement justificatif

444. La sphère médicale – Si toutes les justifications précédentes issues de la loi ne soulèvent pas de difficultés, il a été démontré que parmi ces pratiques autorisées, certaines pouvaient causer des lésions corporelles particulièrement graves conduisant parfois à la mort. Certains actes sont considérés comme licites car ils font l'objet d'une autorisation explicite de la loi. Ainsi en est-il essentiellement du domaine médical, où l'intervention du médecin ne

constitue une atteinte justifiée à l'intégrité physique qu'en cas de nécessité médicale ou thérapeutique et ce avec le consentement du patient. La fin de vie fait également exception car la loi permet dans certains cas à l'individu de bénéficier d'un traitement ayant pour effet d'abrèger la vie. Il a pu être observé ensuite que la notion de nécessité médicale ou thérapeutique était interprétée très largement puisque certains actes relèvent parfois de motivations purement esthétiques, ce qui rejoint la sphère de l'expression de soi, dans laquelle le législateur se montre particulièrement tolérant.

445. La sphère de l'expression de soi – L'autonomie personnelle se voit octroyer une reconnaissance implicite, par une tolérance du législateur, dans certains domaines qui ont pu être définis. Ainsi en est-il des sphères esthétique, artistique, sportive et sexuelle. Or, il apparaît que ces pratiques reflètent avant tout l'expression de soi car le corps est un terrain privilégié d'expression de la volonté et d'extériorisation des pulsions. La chirurgie, les tatouages, les piercings, le *Body Hactivism* sont autant de pratiques qui tendent à la transformation du corps et, par extension, à l'extériorisation de la personnalité du sujet. Le sport poussé à l'extrême témoigne quant à lui d'une quête infinie d'exaltation et de dépassement de soi.

Dans la même logique, la manière de vivre et d'exprimer sa sexualité est propre à chaque individu, qui exprime par ce biais des besoins et des désirs qui lui appartiennent. La Cour européenne affirme explicitement que « le consentement ne constitue pas une cause de justification proprement dite »¹²⁶⁷. Il n'est efficace que lorsqu'il se cumule avec une autorisation de la loi. La Cour admet toutefois que certaines autorisations implicites de la loi puissent justifier des actes de violence¹²⁶⁸. Dans l'arrêt *K.A et A.D c/ Belgique* elle a considéré que les règles reconnues comme étant celles du sadomasochisme n'ont pas été respectées. Elle relève en effet que les requérants ont consommé de grandes quantités d'alcool et ont perdu le contrôle de la situation, qu'ils n'ont pas mis fin à leurs actes alors que la victime a prononcé le mot « pitié » pour leur signifier le retrait de son consentement et, enfin, qu'ils ont été dans l'obligation de louer des locaux car leurs pratiques ne respectaient pas les règlements des clubs, pourtant à même d'évaluer les risques inhérents à cette activité¹²⁶⁹. Le décalque de ce raisonnement en droit pénal n'est autre que le consentement justificatif, lequel provient donc

¹²⁶⁷ CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* § 36. Elle ajoute que, au regard de la jurisprudence Belge, les requérants ne pouvaient ignorer que le consentement n'était pas une cause de justification, § 55.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, § 56

¹²⁶⁹ *Ibid.*, § 57.

soit d'une disposition légale qui justifie explicitement l'infraction, soit de l'attitude de la société et des sources juridiques secondaires, comme le règlement des clubs sadomasochistes qui le permettent. Bien que leur fondement juridique n'ait pas la même force obligatoire, ces deux hypothèses ont en commun d'être socialement acceptables et nécessaires, condition préalable à l'édiction de la norme.

446. Le critère du socialement acceptable – Si la vie privée permet de justifier la libre disposition du corps elle n'est pas sans limites, notamment en ce que les actes concernés doivent être jugés comme acceptables par la société. Ceci n'est donc pas sans rappeler les critères de sélection des valeurs sociales protégées isolés au début de cette étude¹²⁷⁰. Une valeur sociale fait l'objet d'une consécration législative dès lors qu'elle est nécessaire au progrès social, en ce sens qu'elles correspondent à un minimum moral qui contribue à la sécurité des individus. Ces valeurs ont ensuite un caractère commun en ce que leur protection emporte l'adhésion du plus grand nombre. De ce fait, un acte socialement acceptable est un acte qui répond à ces critères tandis qu'à l'inverse, un acte socialement répréhensible ne contribue en rien à une bonne évolution de la société et, surtout, n'emporte pas l'adhésion. L'on s'abstiendra cependant de tout manichéisme car un acte n'est jamais ni totalement acceptable ni totalement répréhensible. En revanche, cela explique qu'à résultat égal deux actes anthropophages ne sont pas perçus de manière identique. L'un suscite la tolérance sociale dans l'horreur et l'autre la répulsion sans aucune forme de tolérance.

Le consentement peut donc se voir attribuer une force justificative s'il est accompagné d'autorisations issues de la loi ou du règlement, y compris des dispositions sanitaires, ou encore de règles d'origine privée. Toutefois, il ressort des démonstrations précédentes que, outre les domaines relevant des autorisations légales explicites, seuls certains domaines comme les soins, le sport, l'art, l'esthétisme ou la liberté sexuelle en bénéficient, traduisant les choix du législateur. Les valeurs sociales à protéger reflétant la société, une telle distinction donne de précieuses indications quant au contenu de l'ordre public et des bonnes mœurs. Pour autant ce contenu n'a pas à être immuable et il peut être tiré parti de la notion d'autonomie personnelle et des limites qui lui sont imposées, telles qu'elles ont été définies, afin de le faire évoluer.

¹²⁷⁰ Voir *supra* n° 333 s.

B. L'exploitation du consentement justificatif par le droit pénal

447. L'encadrement de pratiques controversées – L'autonomie personnelle est appréhendée par le législateur de façon extensive. Les autorisations légales ne sont en effet pas immuables et l'évolution de l'ordre public et des bonnes mœurs justifie parfois que le champ du consentement exclusif s'étende. Par exemple, il a été démontré que la fin de vie entraine dans les exceptions légales au principe d'indisponibilité du corps humain. Au regard des débats dont elle est l'objet et de la place croissante de l'autodétermination, il convient de s'interroger sur la pérennité et l'opportunité des dispositions actuelles, qui ne reflètent peut-être plus les valeurs majoritaires de la société. Il en va de même concernant la gestation pour autrui et la prostitution, qui sont au centre des préoccupations juridiques et sociales actuelles. Bien que ces deux pratiques soient prohibées, cela n'exclut pas d'envisager leur légalisation sur le fondement de l'autonomie personnelle, si toutefois le trouble causé à l'ordre public n'est pas prédominant.

448. Annonce de plan – En tirant parti des démonstrations précédentes, le fait justificatif issu de l'autorisation de la loi sera exploité pour envisager l'extension du champ d'intervention du consentement justificatif, dans les hypothèses où la volonté individuelle semble être à l'étroit. Ceci sera donc illustré au travers d'un réajustement de la fin de vie (1), puis au travers de l'encadrement de la gestation pour autrui et de la prostitution (2), sans pour autant affirmer l'opportunité absolue d'une politique libérale dans ces domaines.

1) *Le réajustement de la fin de vie*

449. L'appropriation de sa vie à travers celle de sa mort – Les différentes dispositions de la loi LÉONETTI-CLAEYS ont été présentées¹²⁷¹ et il en est ressorti que d'une part, certains patients en sont exclus¹²⁷² et, d'autre part, que la réponse pénale apportée à ce geste lorsqu'il sort du cadre légal comporte des faiblesses¹²⁷³. Si certains considèrent que la loi

¹²⁷¹ Voir *supra* n° 246.

¹²⁷² Aux termes de l'article L. 1110-5-2 peuvent bénéficier d'une sédation profonde et continue les patients en phase avancée ou terminale atteints d'une affection grave et incurable, qui présentent ou sont susceptibles de présenter une souffrance insupportable en cas d'arrêt des traitements, et les patients hors d'état de manifester leur volonté en situation d'acharnement thérapeutique. Les patients conscients doivent donc être mourants et souffrants, les patients inconscients doivent être en situation d'acharnement thérapeutique pour en bénéficier, ce qui exclut par exemple les accidentés de la vie ou les personnes âgées.

¹²⁷³ Voir *supra* n° 248.

actuellement en vigueur est satisfaisante sur bien des points, d'autres optent pour une position plus tranchée. En effet, d'aucuns souhaiteraient voir reconnu un droit à la mort, qui se traduirait par la légalisation de l'euthanasie ou du suicide assisté. D'autres œuvrent en faveur d'une exception d'euthanasie, qui consisterait en un fait justificatif faisant obstacle à la qualification de l'infraction qui découle de l'acte. En réalité, les principaux points mis en lumière par les partisans de l'euthanasie comme par leurs contradicteurs sont axés sur le droit à la vie, la dignité et l'autonomie personnelle. Or, il semblerait qu'aucun de ces arguments ne soit un obstacle à la légalisation de l'euthanasie. Il a été démontré que le législateur avait choisi de faire du consentement, couplé à l'autorisation légale, un fait justificatif exonérant de toute responsabilité pénale le médecin qui abrègerait la vie de ses patients. L'autodétermination joue ici un rôle fondamental puisqu'elle permet au patient de choisir sa mort, constat qui n'est que renforcé par l'importance accordée à la volonté du patient par le législateur. La question de l'accès à la fin de vie ne repose donc pas sur la reconnaissance de l'autonomie personnelle, laquelle ne prête plus à débat depuis la consécration législative de la fin de vie. Il s'agit en réalité de déterminer dans quelle mesure les limites de cette autonomie personnelle peuvent être et doivent être repoussées, ce qui étendrait de fait la libre disposition de sa vie par l'individu.

450. La primauté de l'autonomie personnelle – L'appropriation de sa mort renvoie à l'appropriation de sa vie et, plus largement, de sa qualité de vie. Cette notion subjective renvoie à ce que l'individu considère comme une « bonne vie », soit des conditions matérielles et morales dans lesquelles il souhaite évoluer. En effet, puisque la vie privée, de laquelle peut découler l'autodétermination, consiste à faire des choix dans son intérêt propre, la qualité de vie constitue un des principaux démembrements de cette notion. Le patient en état d'exprimer sa volonté a le choix de décider de la manière dont il souhaite mourir et, par extension, de la manière dont il souhaite vivre. La notion de dignité se calque peu à peu en ce domaine sur celle de la qualité de vie. Sur le plan de l'autonomie personnelle comme de la dignité la disposition de sa vie ne semble pas être source de difficultés, du moins sur le principe. Néanmoins, il a été démontré que l'exercice de cette disposition de soi ne pouvait porter atteinte ni à l'ordre public ni aux droits des tiers.

S'agissant du droit à la vie, le débat porte en réalité sur son contenu. La vie est-elle cantonnée à son sens biologique ou cette notion s'entend-t-elle également de la qualité de vie ? Pour ce qui est de la vie en son sens biologique, la CEDH a conclu dans l'arrêt *Pretty c/*

*Royaume-Uni*¹²⁷⁴ à la non-violation de l'article 8 de la CESDH car l'ingérence de l'État n'est pas caractérisée, du fait que le suicide avec l'aide d'un tiers soit réprimé. Cependant, elle reconnaît un droit à l'autodétermination, même si l'exercice de celui-ci conduirait à des lésions corporelles graves, tout en laissant le soin à l'État de légiférer. Autrement dit, nul ne peut se prévaloir d'une atteinte à sa vie privée ou à son droit à la vie du seul fait que l'euthanasie ne soit pas légalisée. En outre, à l'argument selon lequel la dignité de toute personne est engagée par cette atteinte au droit à la vie, l'on répondra que cette notion doit encore, de fait, être entendue en sa dimension subjective. En effet, la loi du 2 février 2016, comme les précédentes, a pour principal objet le respect de la dignité du patient. Or, concernant la fin de vie, celle-ci s'entend du droit de choisir sa mort, qui n'est que l'expression de la dignité pour ce qu'elle représente de chaque individu. L'autonomie personnelle peut donc justifier l'appropriation de sa mort mais la loi ne l'autorise qu'aux patients en fin de vie, conformément à la philosophie du texte qui réside dans l'accompagnement d'un phénomène naturel.

451. Le rejet de l'euthanasie – Les incertitudes qui demeurent quant aux limites à apporter à l'autonomie personnelle et, plus particulièrement, quant à son encadrement, sont liées. L'extension du cadre de la fin de vie pourrait être mis en œuvre soit au travers d'une légalisation de l'euthanasie active, à l'instar de la Belgique¹²⁷⁵, soit par le biais du fait justificatif de l'autorisation de la loi, dont il faudrait alors étendre le contenu s'il a vocation à s'appliquer aussi aux patients qui ne sont pas souffrants ou en fin de vie. Sur le plan juridique, CH. ANDRE démontre qu'en réalité rien ne s'oppose en droit pénal à la création d'une exception d'euthanasie¹²⁷⁶. Selon l'auteur, elle serait « une cause justificative *sui generis*, irréductible aux causes d'irresponsabilité pénale » car l'euthanasie présente des particularités telles qu'elle n'entrerait pas dans les faits justificatifs de droit commun¹²⁷⁷. En outre, l'auteur souligne que l'exception d'euthanasie n'emporte pas pour autant la consécration d'un droit subjectif à la mort¹²⁷⁸ comme le montre l'exemple de la dépénalisation du suicide. L'esprit de la loi n'a

¹²⁷⁴ CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

¹²⁷⁵ J.-M. VAN GYSEGHEM, « L'euthanasie et la fin de vie en Belgique », in *Le droit français à l'aune du droit comparé : pour un droit pénal médical rénové ?*, op. cit., p. 197 s.

¹²⁷⁶ CH. ANDRE, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », art. préc.

¹²⁷⁷ *Ibid*, spéc. p. 44. *Contra* voir notamment A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », art. préc. ; du même auteur, « Accompagnement de la fin de vie et droit pénal », art. préc.. L'auteur démontre que le droit pénal contient de véritables ressources à travers l'autorisation de la loi.

¹²⁷⁸ CH. ANDRE, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », art. préc., spéc. p. 45.

jamais consisté en la légalisation de l'euthanasie, ni du suicide assisté¹²⁷⁹. Comme l'expliquent J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « il existe bien un droit liberté à se donner la mort, qui n'est pas un droit créance : la société a le droit de me protéger mais n'a pas le droit de me donner la mort en équivalence »¹²⁸⁰.

Or, c'est là que réside toute la différence entre l'accompagnement de la fin de vie, l'euthanasie active et le suicide assisté. Si la légalisation ou la création d'une exception d'euthanasie constitue un choix purement politique, l'esprit de la loi du 2 février 2016 ainsi que celui des lois précédentes réside quant à lui dans une protection contre la souffrance¹²⁸¹. D'aucuns argueraient qu'un résultat identique pourrait être obtenu par une aide active à mourir¹²⁸², et les auteurs s'interrogent d'ailleurs sur le point de savoir « pourquoi serait-il licite d'arrêter un traitement vital et de pratiquer une sédation associée à une analgésie et à l'inverse il demeurerait prohibé d'administrer un produit létal ou une dose mortelle »¹²⁸³. Plusieurs différences entre l'accompagnement et l'aide active sont à noter. Tout d'abord, comme le remarque P. MISTRETTA, « si l'on est encore bien loin de l'euthanasie active, le médecin a néanmoins maintenant la possibilité, pour vaincre la souffrance réfractaire, d'administrer un traitement qui fait principalement mourir. C'est là un élargissement de la permission de la loi justifiant la mort du malade, l'*animus necandi* permettant toujours de sanctionner pénalement les excès au titre des qualifications pénales d'empoisonnement ou d'assassinat lorsque la volonté emprunte une logique de mort et non celle de soulager les souffrances »¹²⁸⁴. L'intention est donc nettement différente car « laisser la mort advenir lorsque ce qui retient artificiellement la vie est arrêté n'est pas de même nature que d'administrer un produit qui provoque la

¹²⁷⁹ A. CLAEYS, J. LEONETTI, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 2152 du 21 janvier 2015 créant de nouveaux droits en faveur des personnes en fin de vie.

¹²⁸⁰ J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », art. préc., spéc. p. 83. Sur ce point, voir également CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*: la Cour européenne considère que le droit à la vie consacré par l'article 2 de la CESDH n'emporte pas pour autant un droit à la mort.

¹²⁸¹ La loi du 2 février 2016 a pour mérite de garantir « le droit à la non-souffrance » et à « la non-conscience ». Au regard de l'ensemble de ses dispositions, la loi traduit « une avancée supplémentaire, certes savamment mesurée et distillée, mais bien réelle, vers le droit à la bonne mort, à savoir, d'un côté, celui de donner la mort, et de l'autre celui de choisir sa mort », P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc., spéc. n° 15 s. et n° 18 s.

¹²⁸² Voir par exemple CCNE, Avis n° 121 du 13 juin 2013, Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir : « dans une approche conséquentialiste, le résultat est le même : c'est accélérer la survenue de la mort d'une personne qui est proche ».

¹²⁸³ J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », art. préc., spéc. p. 117.

¹²⁸⁴ P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc., spéc. n° 18.

mort »¹²⁸⁵. L'acte n'est pas le même car dans le premier cas, ni le patient ni le médecin ne sont maîtres de l'instant où le cœur cessera de battre. L'acte consiste donc bien à accompagner la fin de vie et non à la déclencher.

Ensuite, le rapport au temps diffère entre l'arrêt des soins déraisonnables et l'euthanasie. « Le temps de survenue de la mort, lorsque cette mort n'est pas provoquée rapidement par un produit létal, est un temps qui peut permettre l'accompagnement ultime par les proches et contribuer à la prévention d'éventuelles difficultés à réaliser le "travail de deuil" »¹²⁸⁶. En cela, la loi LÉONETTI-CLAEYS est satisfaisante pour le médecin comme pour le patient. Tandis que le second peut s'approprier la façon dont il veut mourir, le premier n'a pas à effectuer le geste mortel qu'il redoute tant. Le médecin est en effet enjoint de respecter le refus de soins qu'exprime son patient, dont le décès est en réalité un effet secondaire contrairement à la mort provoquée par une injection létale. Certes, d'aucuns argueraient du fait que le résultat est identique. Toutefois, le procédé ne relève pas du tout de la même démarche car l'accompagnement dans la fin de vie comporte une notion d'abstention qui n'entre pas en contradiction avec l'obligation et l'engagement du médecin de tout faire pour soigner son patient. En effet, cet engagement trouve ses limites dans l'exigence d'une situation de fin de vie dans laquelle l'on considère, de fait, que le malade ne peut plus être guéri.

Enfin, parmi ces arguments non exhaustifs l'on peut s'appuyer sur l'analyse de PROTHAIS qui souligne que « le contrôle indispensable de l'exercice de cette prérogative individuelle nouvelle serait expressément attribué à un ou des comités spéciaux d'experts plutôt qu'à la justice »¹²⁸⁷. Or, mettre fin à ses jours est un acte trop intime pour être remis entre les mains d'un collège d'experts. En d'autres termes, la légalisation de l'euthanasie active comme l'extension de l'autorisation de la loi aux patients qui ne sont pas en fin de vie méconnaîtrait la démarche du législateur. Il est nécessaire bien que délicat de distinguer entre les patients qui refusent de vivre et ceux qui refusent de souffrir¹²⁸⁸. Or, l'accompagnement de la fin de vie permet d'appréhender cette distinction.

¹²⁸⁵ J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », art. préc., spéc. p. 117.

¹²⁸⁶ *Ibidem*.

¹²⁸⁷ A. PROTHAIS, « Justice pour Vincent Humbert. Lettre ouverte à sa mère sur l'état réel de notre droit pénal en matière d'euthanasie ou de fin de vie », art. préc., spéc. p. 624.

¹²⁸⁸ Ce qui fut un des objectifs poursuivis par la Loi du 2 février 2016, voir par exemple A. CLAEYS, J. LEONETTI, Proposition de loi n° 2512 du 21 janvier 2015 créant de nouveaux droits en faveur des malades en fin de vie.

Il résulte alors que même si rien ne s'oppose en droit pénal à ce que l'euthanasie soit légalisée, la loi du 2 février 2016 est satisfaisante en ce qu'elle permet de maîtriser la fin de vie, qui survient naturellement. Toutefois, elle ne répond pas aux attentes s'agissant de la fin de vie purement provoquée car telle n'est pas sa philosophie. Puisque rien ne s'y oppose sur le plan juridique, le législateur peut tout à fait à l'avenir s'engager dans cette voie en élargissant encore le champ du consentement justificatif. Au surplus, les débats récurrents sur le sujet témoignent de l'adhésion éventuelle qu'emporterait une légalisation de l'euthanasie. L'extension de la volonté individuelle ne rencontre *a priori* aucun obstacle en la matière mais repose uniquement sur le choix de politique adopté par le législateur. Néanmoins, l'analyse des qualifications applicables à l'homicide sur demande¹²⁸⁹, infraction qui se distingue notamment par la particularité de son contexte, avait permis de conclure à une inadaptation du droit pénal, conduisant elle-même à envisager d'autres qualifications.

452. L'homicide euthanasique – Afin de prendre en compte les spécificités de « l'homicide euthanasique »¹²⁹⁰, certains proposent d'ériger le mobile euthanasique en dol spécial. Cette incrimination aurait pour mérite d'apporter davantage de sécurité juridique en prenant en compte les particularités de l'élément moral de ce geste et resterait classée dans les atteintes volontaires à la vie¹²⁹¹. C. GIRAULT souligne toutefois que « dès lors qu'une intervention du législateur viendrait sanctionner l'homicide euthanasique moins sévèrement, le processus de dépenalisation serait vraisemblablement enclenché »¹²⁹². Pour autant, l'on ne peut adhérer totalement à cette analyse car il ne s'agit pas ici de modifier l'esprit de la loi mais de lui rattacher l'esprit de la sanction. La création d'une incrimination spéciale ne reviendrait pas à amoindrir les conséquences de la lésion causée à la « valeur sociale vie » mais à prendre en compte les particularités de l'élément moral. Néanmoins, ceci relève en réalité du mobile, qui explique la particularité de cet élément moral et qui ne peut donc pas être pris en compte. Il est toutefois envisageable d'ériger le mobile en dol spécial et, partant, il deviendrait un élément constitutif de l'infraction.

Parmi toutes les qualifications précédemment envisagées, celle d'empoisonnement paraît être la plus adaptée¹²⁹³. En outre, si toutefois la qualification d'assassinat était préférée

¹²⁸⁹ Voir *supra* n° 247.

¹²⁹⁰ Terme emprunté à C. GIRAULT, *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, *op. cit.*, p. 405.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 517 s.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 405.

¹²⁹³ L'administration de substances nuisibles a été rejetée car cet acte a pour but de donner la mort.

la qualification spéciale d’empoisonnement devrait l’emporter. Pour autant, il s’agit là d’une variété unique d’atteinte intentionnelle à la vie, celle qui n’est guidée par aucune intention meurtrière. Ainsi, bien que le mobile n’a pas à être prise en compte dans l’incrimination, la sanction peut toutefois refléter les particularités du geste.

En conséquence, et quel que soit le choix du législateur quant à la législation ou non de l’euthanasie, il est envisageable d’atténuer quelque peu la sanction de l’empoisonnement dès lors qu’il est commis dans ce contexte. L’actuel article 221-5 du Code pénal pourrait s’enrichir d’un alinéa supplémentaire qui pourrait être formulé ainsi¹²⁹⁴ :

Le fait d’attenter à la vie d’autrui par l’emploi ou l’administration de substance de nature à entraîner la mort sur sa demande et dans le but d’abréger ses souffrances physiques ou psychiques est puni de (...)

L’autonomie personnelle justifie donc l’appropriation de sa vie, dans le respect des dispositions légales. Le poids de l’autonomie du patient et le choix d’accompagner la fin de vie ou de légaliser la mort provoquée reposent sur la philosophie du législateur. En toute hypothèse, le champ du consentement justificatif peut être étendu et il convient d’appliquer une démarche similaire concernant la gestation pour autrui et la prostitution, reflets d’une appropriation, encore contestée, par la femme de son corps.

2) *L’encadrement de la gestation pour autrui et de la prostitution*

Ces développements ont permis d’envisager la liberté corporelle dans une nouvelle perspective. En effet, il a été démontré que rien n’empêchait le droit pénal de tirer profit de son caractère autonome et normatif afin d’être davantage en adhésion avec la politique sociale qui se dessine, le tout dans le respect de l’ordre public. Il convient alors de déterminer dans quelle mesure la gestation pour autrui **(a)** et la prostitution **(b)** peuvent être encadrées.

¹²⁹⁴ Voir Annexe p. 624.

a) L'encadrement de la gestation pour autrui

453. Les interrogations quant à la répression de la gestation pour autrui – La disposition par l'individu de son corps est justifiée lorsque la loi l'autorise explicitement ou lorsque l'acte fait l'objet d'une tolérance du législateur. La gestation pour autrui ne reçoit toutefois aucune autorisation explicite ou implicite de la loi. En conséquence et au regard de la faiblesse des incriminations existantes¹²⁹⁵, il faudrait conclure à la pénalisation de cette pratique, au risque de poursuivre une politique criminelle de plus en plus incertaine. À s'en tenir au droit positif, l'indisponibilité du corps humain semble en effet primer sur le droit à l'autonomie personnelle. Cela étant, l'autonomie personnelle ne peut revêtir une force justificative que dans le respect de l'ordre public puisque dans le cas contraire l'ingérence de l'État dans les droits des particuliers est admise. Or, l'ordre public est évolutif, notamment au regard de ce qui est jugé comme étant socialement acceptable. Il convient donc d'analyser la question sous l'angle du droit à l'autodétermination et plus particulièrement sous un angle prospectif consistant à envisager quels éléments pourraient justifier l'évolution de l'ordre public.

454. La primauté de la liberté corporelle – La détermination de ce qui est socialement acceptable repose sur des considérations d'un ordre à la fois moral et juridique. En effet, la loi étant l'expression des valeurs jugées importantes pour une société donnée à une époque donnée, il est possible d'axer cette démarche sur des considérations juridiques, dans lesquelles l'on décèlera parfois des éléments propres à la morale et aux mœurs. Si le droit à l'autodétermination de la femme doit primer, il peut découler de son droit à la vie privée. Au surplus, la mère porteuse n'étant pas la seule variable de l'équation encore faut-il que cette valeur sociale ne soit pas contrebalancée par une autre, reliée à l'enfant.

Sur le plan juridique et s'agissant de la mère porteuse, l'indisponibilité du corps humain ne semble pas être un obstacle dirimant. En effet, ce principe, malgré une proposition de loi¹²⁹⁶, n'a jamais fait l'objet d'une consécration législative ni par le Conseil constitutionnel ni par le législateur. Au surplus, il a été observé que nombre d'exceptions lui portaient atteinte et

¹²⁹⁵ Voir *supra* n° 250 s.

¹²⁹⁶ Voir GOSSELIN PH., Proposition de loi constitutionnelle n° 1354 du 12 septembre 2013 visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain.

traduisaient une ambivalence du statut du corps humain. Ensuite, puisque la dignité a été appréhendée sous sa forme subjective, elle vient au soutien de la liberté individuelle en ce qu'elle permet à l'individu de définir ce qui constitue sa propre dignité. En d'autres termes, le choix d'une mère de porter l'enfant d'autrui n'engage pas *la* personne mais *une* personne, dont l'acte relève de son autonomie personnelle, cristallisée ici par la disposition de son corps. La vie privée constitue le fondement de la liberté individuelle et permet à ce titre de porter atteinte à son corps. Or, le choix de porter un enfant, même pour autrui, relève d'une décision purement personnelle et traduit la liberté corporelle de la femme, plus particulièrement au travers de sa liberté de procréation. Conçue sous un angle juridique et du point de vue de la mère, la pratique de la gestation pour autrui ne devrait pas inévitablement justifier une ingérence de l'Etat. Ensuite, si cette pratique est reconnue il faut s'interroger sur le devenir du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Selon le Rapport du Sénat sur la maternité pour autrui¹²⁹⁷, ce principe ne se verrait pas non plus atteint car un encadrement strict de cette pratique suppose d'éviter une contractualisation de la filiation. Les propositions du Sénat incluent en effet des dérogations à la filiation légale qui diffèrent d'une contractualisation de la filiation¹²⁹⁸, celle-ci n'étant pas, de ce fait, abandonnée à la volonté des parties. Enfin, selon ce même rapport, la reconnaissance encadrée de cette pratique n'induit pas pour autant un droit à l'enfant¹²⁹⁹, essentiellement car elle serait autorisée au titre d'un instrument de lutte contre l'infertilité¹³⁰⁰. Il serait par ailleurs essentiel que la mère porteuse devienne la mère légale afin d'éviter l'asservissement d'un être humain à un autre¹³⁰¹. La liberté corporelle de la mère apparaît alors comme un argument pouvant justifier la reconnaissance de cette pratique mais elle n'est pas l'unique personne prenant part à cet acte, aussi faut-il envisager les éléments tenant à la vie privée et familiale de l'enfant et des parents d'intention.

455. La vie privée et familiale de l'enfant et des parents d'intention – L'on distingue, parmi les nombreuses composantes de la vie privée, les notions de vie familiale et d'intérêt supérieur de l'enfant. La CEDH a eu l'occasion d'affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant

¹²⁹⁷ M. ANDRE, A. MILON et H. DE RICHEMONT, Rapport d'information du Sénat n° 421 du 25 juin 2008 sur la maternité pour autrui.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 64 s.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 66 s.

¹³⁰⁰ De fait, elle ne serait donc autorisée que pour les couples composés de personnes de sexe différent et la femme devrait se trouver dans l'incapacité de mener sa grossesse à terme sans risque pour sa santé ou celle de l'enfant. Le Rapport ajoute, parmi les multiples recommandations, qu'au moins un des deux membres du couple doit être le parent génétique de l'enfant. Pour l'ensemble des recommandations, voir *ibid.*, p. 5.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 78.

devait primer en toute hypothèse et les arrêts *Menesson et Labassée c/ France*¹³⁰² ainsi que *Paradiso et Campanelli c/ Italie*¹³⁰³ en sont une illustration. Les faits du premier arrêt ont conduit la Cour à reconnaître la violation de l'article 8 de la CESDH au motif que l'absence de transcription sur les registres de l'état civil attentait à l'intérêt de l'enfant. Les faits du second arrêt traduisent également une atteinte à son intérêt, en ce que les autorités italiennes ont adopté des mesures extrêmes en plaçant l'enfant au motif que ses parents d'intention n'avaient aucun lien biologique avec lui et qu'ils étaient par conséquent dans l'illégalité. De ce fait, la jurisprudence de la Cour européenne se focalise sur le lien juridique issu de la gestation pour autrui mais non sur la reconnaissance de la pratique en elle-même. Elle rappelle en effet dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli c/ Italie* que l'intérêt de l'enfant implique que seules des circonstances exceptionnelles (viol, violences, mise en danger de sa santé...) puissent conduire à une rupture du lien familial et justifient que tout soit mis en place pour maintenir ce lien¹³⁰⁴. Il est à noter que dans les arrêts *Menesson et Labassée c/ France* le père avait un lien biologique avec l'enfant ce qui justifie d'autant plus la création de ce lien juridique. L'intérêt de l'enfant est donc une notion aléatoire. Quant au droit à la vie privée et familiale des requérants qui aurait pu venir au soutien de l'autodétermination de la mère, la CEDH ne considère pas que l'ingérence de l'Etat dans la vie privée des parents soit illégitime ou disproportionnée¹³⁰⁵. La Cour européenne ne se positionne donc pas sur la pratique de la gestation pour autrui en elle-même, dont l'encadrement est laissé aux Etats signataires, mais sur les effets juridiques qui en découlent. Les fondements pouvant justifier ou non cette légalisation ne sont donc pas à chercher dans la jurisprudence de la Cour, laquelle se limite à la question de l'inscription sur les actes d'état civil qui va en ce sens. Il apparaît ainsi que l'autonomie personnelle peut contrebalancer le principe d'indisponibilité et que l'intérêt de l'enfant implique que les effets juridiques de la gestation pour autrui soient reconnus. Sur le plan juridique, aucun obstacle dirimant ne semble donc venir à l'encontre de la reconnaissance et de l'encadrement de cette pratique.

Toutefois, il a été démontré que l'autonomie personnelle trouvait ses limites dans le respect de l'ordre public. Or, si le choix de la mère n'engage que la mère porteuse, l'on peut

¹³⁰² CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France*. Voir également, pour une condamnation de la France sur ce même fondement, CEDH 16 juillet 2016, n° 90/6314, *Foulon et Bouvet c/ France*.

¹³⁰³ CEDH 24 janvier 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

¹³⁰⁴ *Ibidem*.

¹³⁰⁵ *Ibidem*.

comprendre l'argument selon lequel cet acte engage aussi l'image de la femme. Dès lors, les propos précédents doivent être nuancés car si la gestation pour autrui n'engage pas l'humanité, elle engage un groupe de personnes. Cette pratique n'étant pas, au regard du droit positif, un domaine dans lequel le législateur fait preuve de souplesse, il est nécessaire d'analyser les conséquences, au-delà du droit, d'une légalisation éventuelle.

456. Les arguments à l'encontre de la reconnaissance de la gestation pour autrui –

L'ingérence de l'État dans la vie privée des individus doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être considérée comme nécessaire dans une société démocratique. Ici se mettent en retrait les considérations juridiques, contraintes de céder du terrain aux considérations sociales. En effet, il a été établi que le critère du socialement acceptable devait être pris en compte. Aussi faut-il s'essayer à déterminer s'il serait socialement acceptable de reconnaître la gestation pour autrui, en ce qu'elle peut être préjudiciable à l'enfant, et ce que cela reflèterait de la société.

Nombre de considérations peuvent venir à l'encontre d'une légalisation donc ce point sera abordé de façon non exhaustive. En premier lieu, les difficultés à obtenir une preuve certaine du consentement de la mère porteuse peuvent par exemple constituer un sérieux obstacle à la reconnaissance de cette pratique, surtout si l'on admet les conventions à titre onéreux. En outre, même si la convention est à titre gratuit il n'en reste pas moins que cet acte n'est pas anodin et nécessite un contrôle strict des motivations de la mère porteuse. En second lieu, le sentiment d'abandon que peut ressentir l'enfant est souvent invoqué. Le Comité consultatif national d'éthique souligne par ailleurs l'existence d'une « disjonction » qui s'établirait entre la mère porteuse et la mère d'intention¹³⁰⁶. Enfin il faut également admettre que la gestation pour autrui peut être source de difficultés dans l'hypothèse où les parents devraient faire face à une éventuelle malformation de l'enfant. Le Comité consultatif national d'éthique fait part de ses craintes quant aux difficultés liées à l'acceptation d'un handicap et il faut admettre que, dans le cas précédemment soulevé d'une interruption médicale de grossesse¹³⁰⁷, les parents d'intention et la mère porteuse pourraient être en désaccord. Dès lors, à qui appartiendrait la décision ? À la mère porteuse inévitablement, mais l'on peut également

¹³⁰⁶ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP). Voir également CCNE, Avis n° 110 du 1^{er} avril 2010, Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui.

¹³⁰⁷ Voir *supra* n° 380 s.

envisager que le père d'intention soit consulté s'il est le père biologique. Si les gamètes proviennent de deux tiers à l'opération, la mère porteuse et le père d'intention ne sont donc pas les parents biologiques. En conséquence, la mère porteuse, comme les parents d'intention, seraient exclus de toute décision relative à la grossesse. Plus largement, ils ne sauraient intervenir dans aucune décision de la femme enceinte durant sa grossesse et notamment des actes relevant de sa liberté corporelle, sauf à soumettre de façon contestable son exercice à l'approbation des parents d'intention. Il est donc envisageable de ne pas légaliser cette pratique mais il faudrait à tout le moins pallier les faiblesses des incriminations existantes¹³⁰⁸. En outre, une contradiction existerait toujours entre l'interdiction de cette pratique et la transcription, au demeurant nécessaire, de la filiation de l'enfant sur les actes d'état civil. Ces arguments, dont la pertinence n'est pas remise en cause, peuvent toutefois recevoir des contradictions.

457. Les arguments en faveur de la reconnaissance de la gestation pour autrui – Le fait de porter l'enfant d'autrui n'est pas une pratique intrinsèquement dangereuse sur le plan juridique comme social, à condition de parvenir à une réglementation stricte. En premier lieu, il est clair qu'une convention à titre onéreux doit être frappée de nullité voire pénalement sanctionnée au regard de l'atteinte à la non-patrimonialité du corps humain. Le constat du Comité consultatif national d'éthique selon lequel la gestation pour autrui serait à l'origine d'une violence économique subie par la mère porteuse en témoigne¹³⁰⁹. En outre, un encadrement approprié pourrait pallier les difficultés liées à la preuve du consentement, qui pourrait être vérifié au cours d'une procédure préalable. Ensuite, afin d'éviter le problème de la maternité par procuration, le fait de faire porter l'enfant à un membre de sa famille pourrait être prohibé. Enfin, concernant l'équilibre affectif de l'enfant, il faut reconnaître que, même si une mère a obligatoirement des échanges intra-utérins avec l'enfant, aucune certitude n'est acquise pour le moment quant aux effets du transfert de l'enfant aux parents d'intention¹³¹⁰.

L'autonomie personnelle peut alors primer dans cette hypothèse et l'on peut considérer que la gestation pour autrui n'est pas suffisamment attentatoire à l'ordre public pour justifier l'ingérence de l'État. En l'absence d'obstacles dirimants quant à l'indisponibilité du corps humain et au regard de ces quelques arguments, il est envisageable d'encadrer la gestation pour

¹³⁰⁸ Voir *supra* n° 250 s.

¹³⁰⁹ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP).

¹³¹⁰ M. ANDRE, A. MILON et H. DE RICHEMONT, Rapport d'information du Sénat n° 421 du 25 juin 2008 sur la maternité pour autrui, p. 78.

autrui, et ce de deux manières. Soit elle est perçue uniquement comme un remède à une infertilité et, dans ce cas, seuls des couples de sexe différent et dont la femme présente une infertilité pourront avoir accès à cette pratique. Soit l'on admet une politique plus libérale en dépassant le cadre de l'infertilité et en ouvrant cette pratique aux couples de même sexe. Au regard des motivations ayant conduit le législateur à autoriser la procréation médicalement assistée, à savoir remédier à l'infertilité, la première hypothèse semble relativement conforme à la perception actuelle de cette pratique. Néanmoins, le Comité consultatif national d'éthique s'est récemment prononcé en faveur de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe, au nom de l'égalité devant l'accès aux techniques médicales de procréation¹³¹¹. Ceci conduit à s'interroger sur la pérennité de cette politique, qui pourrait être remise en cause du fait d'une inégalité entre les couples homosexuels hommes et femmes, et sur la possible reconnaissance, à terme, d'un droit à l'enfant. Toutefois, si l'encadrement de la gestation pour autrui est envisagé, le choix sera peut-être fait de suivre le même chemin que la procréation médicalement assistée et de l'envisager tout d'abord comme un remède à l'infertilité.

458. Proposition d'un encadrement de la gestation pour autrui – Les développements précédents ont démontré que l'indisponibilité du corps humain peut céder devant l'autonomie personnelle. Il restait à analyser les tenants et aboutissants d'une telle pratique notamment en termes de politique sociale. Il en est ressorti qu'une autorisation sous réserve d'un encadrement strict était envisageable. Cette proposition appelle alors à un double régime. D'une part, il apparaît nécessaire d'ériger l'interdiction des conventions à titre onéreux en une incrimination et, d'autre part, d'encadrer cette pratique comme un remède à l'infertilité, à l'instar de la procréation médicalement assistée. Parmi les divers travaux parlementaires sur la question, la proposition de loi du 8 avril 2015¹³¹² constitue une précieuse source d'inspiration.

En premier lieu, le Code pénal pourrait contenir un nouvel article qui serait rédigé ainsi¹³¹³ :

¹³¹¹ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP).

¹³¹² V. BOYER, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 2706 du 8 avril 2015 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse.

¹³¹³ Voir Annexe p. 628.

« Toute convention à titre onéreux portant sur le corps d'autrui dans le but d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par le recours à une mère porteuse est punie de (...). »

Ensuite, puisque la gestation pour autrui à titre gratuit serait encadrée, le recours à cette pratique en violation des dispositions légales devra être sanctionné. Ce nouvel article du Code pénal pourrait donc s'enrichir d'un deuxième alinéa ainsi rédigé¹³¹⁴ :

« Toute convention passée en vue d'obtenir ou de tenter d'obtenir un enfant par le recours à une mère porteuse en violation des dispositions légales est puni de (...). »

Enfin, même si le choix est fait de maintenir la prohibition de cette pratique, un encadrement efficace suppose aussi de sanctionner le recours à une mère porteuse située dans un pays étranger. Il faudrait donc remédier à l'éviction des règles traditionnelles de l'application de la loi pénale dans l'espace dans un troisième alinéa ainsi rédigé¹³¹⁵ :

« Lorsque les délits prévus par le présent article sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables. »

Parallèlement, puisque la gestation pour autrui serait encadrée en tant que technique médicale de procréation, elle pourrait être inscrite dans le Code de la santé publique dans le cadre de la procréation médicalement assistée. L'on reprendra à ce titre les mesures principales de la Proposition de loi n° 234 du 27 janvier 2010 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui. Les bénéficiaires pourraient être soumis à des conditions d'éligibilité strictes, notamment quant à l'infertilité de la femme ou quant au fait qu'ils forment un couple de sexe différent. Des conditions relatives à la mère porteuse pourraient également être édictées, lui imposant d'avoir déjà mené une grossesse à terme et pour son compte, de ne pas être la mère génétique de l'enfant ou de ne pas porter un enfant pour le compte de sa fille. Un agrément devrait être octroyé au couple ainsi qu'à la mère porteuse et des dispositions quant au recueil de son consentement et à son accompagnement durant la grossesse devraient être édictées. Enfin, concernant la filiation, les noms des parents intentionnels seraient automatiquement

¹³¹⁴ Voir Annexe p. 628.

¹³¹⁵ Cet alinéa reprend la rédaction d'un nouvel article 227-12-1 mentionné à l'article 2 de la Proposition de loi n° 2706 du 8 avril 2015 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse. Voir Annexe p. 628.

inscrits sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryons.

Pour finir, ce nouvel article du Code pénal interroge quant à sa classification dans le Code. Cette incrimination réprime avant tout une mise à disposition du corps à titre onéreux, autrement dit elle impose une limite à la liberté corporelle. Aussi pourrait-on envisager d'inclure ces dispositions dans la nouvelle Section relative aux atteintes à l'intégrité corporelle précédemment proposée¹³¹⁶. Un nouvel article pourrait être créé, lequel comprendrait les trois alinéas précédemment proposés¹³¹⁷ complétés par un cinquième alinéa reprenant l'actuel délit d'entremise codifié à l'article 227-12 alinéa 3 du Code pénal¹³¹⁸. En effet, si l'entremise est effectuée à titre onéreux il ne s'agit ni plus ni moins que de tirer profit des revenus de la gestation pour autrui.

Il en résulte que l'autonomie personnelle peut être exploitée s'agissant de la gestation pour autrui. La disposition du corps de la femme qui découle de sa vie privée peut donc prendre le dessus, d'autant que l'obstacle principal, la dignité, vient en réalité au soutien de l'autodétermination. Si cette pratique n'est pas exempte de risques pour la mère porteuse comme pour l'enfant et pour les parents d'intention, il semble parallèlement envisageable d'encadrer de potentielles dérives par une législation stricte. La liberté corporelle de la femme et plus précisément sa liberté de procréation seraient alors étendues, sans que cela ne bouleverse le droit pénal outre mesure. Il faut alors appliquer cette démarche à la prostitution, la Loi du 13 avril 2016 ayant été critiquée notamment quant au fondement moralisateur qui la sous-tend.

b) L'encadrement de la prostitution

459. La liberté sexuelle de la prostituée – L'autonomie personnelle est sous-tendue par la notion de vie privée mais la prostitution étant un acte public ce fondement doit être discuté. A. CASADO démontre que soit la jurisprudence européenne ne protège que l'acte sexuel sur le fondement de l'article 8 de la CESDH¹³¹⁹, et dans ce cas la prostituée pourra bénéficier

¹³¹⁶ Voir *supra* n° 348. Voir Annexe p. 625.

¹³¹⁷ Voir Annexe p. 628.

¹³¹⁸ Article 227-12 al. 3 du Code pénal : « Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». En effet, si les autres dispositions de cet article répriment des atteintes à la filiation tel n'est pas le cas de ce comportement qui porte atteinte à la liberté corporelle également.

¹³¹⁹ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, p. 115 s.

de la protection du droit européen, soit la CEDH inclut l'ensemble de l'opération qui a conduit à l'acte sexuel dans la notion de vie privée et dans ce cas la protection sur le fondement du droit européen ne pourra être mise en œuvre. L'auteur en conclut, au regard de la difficulté à prendre position, qu'en toute hypothèse les États peuvent restreindre la liberté sexuelle sur le fondement de l'article 8 de la CEDH. En effet, si les relations sexuelles ne causent pas de lésions corporelles particulièrement graves l'État n'a pas à intervenir.

Il a pu être observé à propos de la Loi du 13 avril 2016 que le fondement premier de ces dispositions répressives est la protection de la dignité de la prostituée¹³²⁰. Il ne sera pas rappelé la conception subjective de la dignité adoptée dans cette étude mais, au vu des développements précédents, elle ne fait pas obstacle à ce que la prostitution, dès lors qu'elle est consentie, relève de l'autonomie personnelle. C'est d'ailleurs ce qui ressort entre autres de l'arrêt *Tremblay c/ France* rendu par la CEDH¹³²¹, dans lequel celle-ci considère en effet que la prostitution est contraire à la dignité dès lors qu'elle n'est pas consentie. Effectivement, si la dignité suppose qu'un individu peut décider seul de ce qui est digne ou non, le contraindre à une activité qui relève du domaine de l'intime est contraire à sa dignité. Il est donc nécessaire dans un premier temps de distinguer ces deux hypothèses. La prostitution forcée justifie les infractions de proxénétisme mais également la répression du recours à la prostitution. En revanche, la prostitution consentie, avec ce qu'elle comporte de nuances car l'on ne saurait nier que cette pratique n'est que rarement choisie sans contraintes financières, trouve sa source dans la liberté sexuelle. Au surplus, la liberté sexuelle est une valeur sociale disponible et, comme le démontre A. CASADO, cette « tolérance sexuelle » n'exclut ni le retrait du consentement, ni la répression d'infractions connexes comme les violences. La prostitution consentie n'est autre qu'une énième manifestation du droit à la vie privée et le législateur pénal ne peut limiter la liberté corporelle qui en découle qu'à condition que cette valeur atteinte à l'ordre public.

De surcroît, la politique pénale actuelle porte un certain jugement sur la sexualité des individus dès lors qu'elle n'est pas considérée comme « normale » c'est-à-dire, dans cette hypothèse, non tarifée. Or, qu'en est-il dans ce cas des relations sadomasochistes ? En quoi relèvent-elles davantage d'une sexualité « normale » ? Des difficultés identiques à celles rencontrées concernant le consentement à la lésion par autrui se déclarent alors, le droit ne pouvant cerner ni définir c'est qu'est la normalité, pour cette raison simple qu'elle ne peut faire

¹³²⁰ Voir *supra* n° 403.

¹³²¹ CEDH 11 septembre 2007, n° 37194/02, *V.T. c/ France*.

l'objet d'une définition sinon celle d'une représentation des mœurs à une époque donnée. Il en résulte que l'on voit mal pourquoi la douleur serait plus tolérée que la rémunération. Le consentement à la prostitution peut, certes, être influencé par des considérations économiques mais le consentement à l'acte sadomasochiste relève lui aussi de considérations propres à l'individu. Aucune de ces motivations ne peut recevoir de jugement de la part du législateur sans que cela ne s'apparente à l'inquisition des consciences précédemment désapprouvée. En conséquence, si le phénomène de la prostitution s'impose de lui-même et que la liberté sexuelle de la prostituée peut être invoquée en faveur d'un encadrement de cette pratique, il reste à confronter cette hypothèse à l'ordre public.

460. La contrariété à l'ordre public – Si la liberté sexuelle comporte une assise considérable, la prostitution n'est pas sans conséquence sur la personne. Parmi les arguments avancés plus avant, cette pratique remettrait en cause la dignité de la personne¹³²² ou l'indisponibilité du corps humain¹³²³. Or, si ces arguments ont reçu des contradictions, il n'en reste pas moins que le trouble causé à l'ordre public doit être évalué au travers de la vulnérabilité de la prostituée et de son consentement, fondements à la libre disposition personnelle. La vulnérabilité de la prostituée¹³²⁴ est due notamment à la situation de dépendance économique dans laquelle elle se trouve. Par ailleurs, comme le souligne A. DARSONVILLE, la majorité des prostituées exerce cette activité sous la contrainte¹³²⁵. En toute hypothèse, l'État pourrait intervenir sur ces fondements mais il reste à déterminer l'opportunité d'un système prohibitionniste. En effet, il ressort des particularités du phénomène prostitutionnel qu'une réponse prohibitionniste revient peut-être à interdire vainement la pérennité inévitable de ce système.

461. Les faiblesses d'un système prohibitionniste – La Loi du 13 avril 2016 s'inscrit dans un mouvement législatif prohibitionniste, en sanctionnant non pas la prostituée mais le client. Il ne s'agit pas ici d'œuvrer pour une politique unique au regard de la morale ou des mœurs mais de constater l'adaptation, ou non, de cette démarche prohibitionniste au phénomène

¹³²² Voir *supra* n° 403.

¹³²³ Voir *supra* n° 403.

¹³²⁴ Voir également A. QUESNE, « La prostitution depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, sous l'angle du droit des contrats », art. préc. spéc. p. 11.

¹³²⁵ A. DARSONVILLE, « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », art. préc. L'auteur s'appuie sur les chiffres de l'Office central pour la répression de la traite des êtres humains, qui révèlent que 80% des prostituées sont étrangères et qu'il est possible de considérer que la majorité d'entre elles sont soumises à des proxénètes.

de la prostitution et d'envisager une éventuelle légalisation. Même s'il est vrai, comme l'explique A. DARSONVILLE, que « l'interdiction d'achat d'acte sexuel engendre une diminution de la demande de prostitution, une part des clients renonçant à recourir aux prostituées par crainte des sanctions pénales », les particularités qui caractérisent ce phénomène laissent dubitatif quant à la politique adoptée et au fondement de cet interdit.

En effet, malgré les intentions louables du législateur il semblerait qu'une démarche prohibitionniste ne soit pas effective car ce phénomène continue de s'imposer¹³²⁶. Il semble utopiste d'éradiquer ou à tout le moins de diminuer un phénomène qui existe et prolifère en souterrain. En outre, le législateur contribue à la pérennité de cette pratique, par nécessité à l'égard de la situation des prostituées. En effet, à titre d'exemple la prostitution est considérée comme une activité indépendante¹³²⁷ car ses revenus font partie des bénéfices non commerciaux¹³²⁸. Plus encore, comme le souligne N. LAURENT-BONNE, la doctrine de la victimisation s'oppose à ce que la prostitution soit considérée comme un travail tout en accordant une remise d'impôts aux prostituées insérées dans un parcours de réinsertion¹³²⁹. Ce phénomène continue de s'imposer de lui-même, et le législateur ne semble avoir d'autre choix que celui de s'en accommoder et de légiférer de sorte à ce que les prostituées disposent tout de même d'un statut. Plus encore, une loi ne peut être assez précise pour encadrer un phénomène aussi vaste et qui se développe de façon insidieuse, les incriminations ne pouvant recouvrir tous les comportements. Par exemple, il est clair que si la pénalisation du client peut entraîner une baisse minimale de ce phénomène cela ne fait que déplacer le problème. La prostitution en ligne

¹³²⁶ Voir également A. DARSONVILLE, « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *art. préc.* : « la pénalisation des clients présente l'avantage de raréfier la demande prostitutionnelle et donc d'attaquer les réseaux sur le terrain financier ».

¹³²⁷ CE 4 mai 1979, n° 09337.

¹³²⁸ Les bénéfices non commerciaux s'entendent, aux termes de l'article 92 du CGI, des « bénéfices des professions libérales, des charges et offices dont les titulaires n'ont pas la qualité de commerçants et de toutes occupations, exploitations lucratives et sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus ». Voir A. QUESNE, « La prostitution depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, sous l'angle du droit des contrats », *art. préc.*, spéc. p. 10. Voir également CEDH 11 septembre 2007, n° 37194/02, *V.T. c/ France* : le fait pour une prostituée de devoir s'acquitter de sommes élevées auprès de l'URSSAF ne constitue pas un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la CESDH, la requérante pouvant tirer profit d'autres activités. Certains auteurs en déduisent d'ailleurs que l'État s'apparente à un proxénète, voir par exemple J.-M. LARRALDE, « La France, État proxénète ? », *RTDH* 2009, p. 195 s.

¹³²⁹ N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *art. préc.*, spéc. p. 1719. Voir en ce sens, CE 5 novembre 1980, n° 13222 ; CE 4 mai 1979, n° 09337. L'auteur relève toutefois qu'en droit fiscal « le caractère immoral et la nature illicite ou délictueuse de l'activité sont, en effet, sans conséquence sur l'opération de qualification ».

connaît un essor continu malgré les dispositions pénales tentant de l'encadrer¹³³⁰ voire, devrait-on dire, à cause de la politique de pénalisation du client. En ce sens, l'étude du système suédois dont la France s'est inspirée montre que si la police a en effet observé une baisse du nombre de prostituées dans la rue, elle relève également une forte augmentation de la prostitution en ligne et, surtout, une dégradation considérable des conditions de travail des prostituées¹³³¹. Pour le moment, ces développements mettent donc en lumière l'inadaptation de la réponse du législateur au système prostitutionnel, d'une part car la loi comporte des faiblesses et, d'autre part, car un système prohibitionniste n'offre pas une réponse adaptée au phénomène. En conséquence, une autre politique peut être envisagée, à condition toutefois que la rémunération d'un acte sexuel ne paraisse pas contraire à l'ordre public, soit aux valeurs caractérisant la société actuelle.

462. L'absence de contrariété à l'ordre public – L'argument principal allant à l'encontre d'une légalisation de cette pratique réside dans le consentement de la prostituée. Or, prostitution libre et prostitution forcée se distinguent, comme en témoignent certaines sources¹³³². À titre d'exemple, parmi les différents textes en ce sens la Résolution du Conseil économique et social précise que les normes internationales ne font pas obstacle à la poursuite de la prostitution consentie, et que seule la prostitution forcée est assimilée à l'esclavage¹³³³. De même, La Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 décembre 1993 distingue ces deux formes de prostitution et l'on peut déduire de ces dispositions que la prostitution volontaire n'est pas synonyme de violence¹³³⁴.

En outre, l'analyse menée par A. CASADO et selon laquelle le contrat de prostitution aurait une utilité sociale¹³³⁵ peut être retenue. Selon l'auteur, le terme d'« embauche » contenu

¹³³⁰ B. LAVAUD-LEGENDRE, « Retour sur les objectifs de la loi de lutte contre le système prostitutionnel », art. préc. spéc. p. 727. En ce sens, voir également P. MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », art. préc. Voir Assemblée nationale, Rapport n° 1558 du 19 novembre 2013 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel.

¹³³¹ N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », art. préc., spéc. p. 1714.

¹³³² A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 198 s.

¹³³³ Résolution du Conseil économique et social, n° 94.

¹³³⁴ Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 décembre 1993, Résolution n° 48/104. En effet comme le relève A. CASADO, la Résolution affirme que le proxénétisme et la prostitution forcée constituent des violences faites aux femmes donc, *a contrario*, la prostitution volontaire en est exclue, voir A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 198 s.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 412 s.

à l'article 225-5 3^o¹³³⁶ du Code pénal induit un rapport contractuel entre le proxénète et la prostituée. Ensuite, la finalité de ce contrat résiderait dans l'amélioration des droits des prostituées, qui pourraient bénéficier notamment d'un rattachement à la sécurité sociale. L'auteur démontre que le contrat de prostitution ne serait pas contraire à l'ordre public et, par extension, n'a pas à être à l'origine d'une incrimination car il aurait une réelle utilité sociale¹³³⁷. Il en ressort que d'une part la liberté sexuelle du client comme de la prostituée n'a pas à être limitée sur fondement de la dignité et, d'autre part, que le trouble à l'ordre public ne fera que prendre une autre forme. En outre, si la prostitution consentie est distinguée de la prostitution non consentie, la dépénalisation de la relation entre la prostituée et son client peut être envisagée, tout comme la mise en place d'une autorisation légale explicite de la prostitution, le phénomène s'imposant et se perpétuant de lui-même.

463. L'autorisation légale explicite de la prostitution – Conformément au caractère légaliste du droit pénal, la justification de cette entorse au principe de non-patrimonialité du corps humain doit trouver sa source dans une autorisation de la loi. Plusieurs États ont adopté un système de réglementation dont il apparaît opportun de s'inspirer. Ainsi, parmi les différents systèmes étrangers¹³³⁸ les Pays-Bas se distinguent en ayant choisi de promouvoir « une réponse réaliste et non moralisatrice »¹³³⁹ à ce phénomène. Les municipalités sont en charge des autorisations délivrées aux maisons de prostituées et de l'édiction des règles d'hygiène, les prostituées ont accès à une protection sociale, aux syndicats professionnels et sont soumises au droit du travail en vigueur¹³⁴⁰. Le système Néerlandais correspond à la philosophie qui sous-tendrait la réglementation française, à savoir sécuriser les prostituées, améliorer leurs conditions

¹³³⁶ Article 225-5 3^o du Code pénal : « Le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit [...] D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire ». En ce sens, concernant la prostitution de rue, voir Cass. com. 28 février 1967, *Bull. civ.* n° 4 (1^{er} arrêt).

¹³³⁷ L'auteur nuance toutefois la pertinence du caractère socialement utile du contrat, car faute de définition légale précise il pourrait être source d'insécurité juridique. En outre, l'auteur retient la qualification de contrat de louage d'ouvrage¹³³⁷, et démontre que « la personne et/ou son corps ne peuvent être la prestation que la personne s'engage à réaliser pour son client. Consistant [...] en des contacts physiques destinés à satisfaire les besoins sexuels d'autrui, la prestation du contrat de prostitution ne peut être strictement assimilée au corps de la personne qui se prostitue », A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, op. cit., p. 432 s.

¹³³⁸ La Suède, dont la France s'est fortement inspirée, a par exemple opté pour la pénalisation du fait de rémunérer un acte sexuel (Code pénal Suédois, Chapitre 6, Section 11). De même, le Canada pénalise le client mais non la prostituée. À l'inverse, l'Allemagne, l'Espagne et surtout Pays-Bas ont opté pour un système réglementariste. Pour de plus amples développements sur ces points, voir notamment N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », art. préc., spéc. p. 1716.

¹³³⁹ N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », art. préc., spéc. p. 1716.

¹³⁴⁰ *Ibidem*.

de travail et tenter d'épurer quelque peu cette inéluctable prostitution souterraine¹³⁴¹. À l'instar de ce qui a été indiqué, la prostitution consentie se distingue de la prostitution forcée, qui serait pénalisée. Il ne s'agirait donc pas d'admettre la traite des êtres humains ni une banalisation de la violence physique et sexuelle dont les prostituées sont victimes mais, au contraire, de limiter ces risques par un encadrement de cette activité visant à contrôler leurs conditions de travail. La politique mise en place en France gagnerait peut-être à ne plus percevoir ce phénomène sous son prisme hygiéniste et policier¹³⁴² et à reconnaître la prostitution consentie comme un travail.

464. Propositions d'encadrement de la prostitution – Les incriminations en vigueur relatives au proxénétisme seraient conservées, tout comme celles réprimant le recours à la prostitution de mineurs. L'article 611-1 du Code pénal qui pénalise le client n'incriminerait que les clients ayant recours à la prostitution hors des maisons de prostitution. En outre, il peut être discuté de l'opportunité de pénaliser la prostituée qui exercerait hors des maisons de prostitution. Toutefois, au regard des éléments évoqués quant à la dépendance économique des prostituées, l'on peut imaginer que celles- soient contraintes d'exercer cette activité en dehors du cadre légal.

Quant à son emplacement dans le Code pénal, il a été proposé la création d'une nouvelle Section contenant les atteintes à la liberté corporelle¹³⁴³ au sein du Chapitre IV relatif aux atteintes à la liberté de la personne. Or, la prostitution consentie est fondée sur l'autonomie personnelle et l'on verrait mal pourquoi elle ne serait pas rassemblée avec les infractions de proxénétisme, ou de prostitution de mineurs ou de personnes vulnérables qui, elles, sont codifiées dans ce chapitre.

Dès lors, cette nouvelle Section contiendrait un article reprenant l'article 611-1 qui serait modifié et rédigé comme tel¹³⁴⁴ :

¹³⁴¹ *Ibidem*.

¹³⁴² *Ibidem*. L'auteur explique que le système français a pu s'inspirer, par le passé, de l'aspect réglementariste du système Néerlandais, sans toutefois en appliquer totalement la philosophie et, surtout, en le concevant sous le prisme de l'expérience française, « hygiéniste et policière ».

¹³⁴³ Après avoir démontré que la dignité, en son sens objectif comme subjectif, ne peut s'appliquer aux infractions « péri-prostitutionnelles », A. CASADO propose la reconnaissance d'une nouvelle valeur sociale, « l'exploitation d'autrui », qui correspond, il est vrai, au réel objectif poursuivi par le législateur par le biais des incriminations de proxénétisme¹³⁴³. L'auteur définit cette notion comme « le fait de tirer d'autrui un profit illégitime, cette illégitimité devant découler soit du caractère illégal ou légalement illégitime de la source de profit, soit du caractère coercitif de la modalité de création ou de recouvrement du profit. A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé, op. cit.*, p. 249.

¹³⁴⁴ Voir Annexe p. 629.

« Le fait de solliciter ou de recevoir, y compris de façon occasionnelle, des relations sexuelles d'une personne qui se livre à la prostitution hors des établissements spécialisés ou hors du domaine électronique réglementé, en échange d'une rémunération ou de la promesse d'une rémunération de quelque nature qu'elle soit, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de (...) »

La liberté sexuelle est une part entière, on l'a démontré, des domaines dans lesquels le législateur n'intervient que lorsque le consentement est couplé à une autorisation de la loi. L'autonomie personnelle prend alors le pas sur le principe d'indisponibilité du corps humain et, plus particulièrement dans cette hypothèse, sur le principe de non-patrimonialité, à condition toutefois que l'atteinte éventuelle ne dépasse pas un certain seuil de gravité et ne soit pas contraire à l'ordre public. Ces propositions n'ont pas vocation à proposer une solution unique, ni même à démontrer que la réglementation de cette pratique est la politique la plus adaptée. En outre, l'on admet qu'elle pourra faire l'objet d'un marché noir, comme beaucoup d'activités réglementées, et qu'il est utopiste de penser éradiquer la prostitution forcée par la seule légalisation. Ces propositions ont pour objet de démontrer que le droit pénal peut s'adapter à une affirmation de la libre disposition de soi, sans que cela n'engendre pour autant un trouble à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

465. Conclusion de la Section 2 – L'application du droit pénal en vigueur a révélé une certaine ambivalence dans l'appréhension de la disposition de soi. Il est ressorti que les atteintes consenties et recevant une autorisation explicite ou implicite de la loi étaient particulièrement nombreuses, aussi s'est-on interrogé sur la pertinence et la pérennité du principe d'indisponibilité du corps humain. Plus particulièrement, il a été tenté de remédier à ces incohérences en faisant de l'exception le principe. Le consentement n'aurait donc plus été un fait justificatif mais l'absence de consentement un élément constitutif de l'infraction, pouvant faire obstacle à sa constitution.

La CEDH a consacré un droit à l'autodétermination, qu'elle a défini comme le droit de l'individu de mener sa vie comme il l'entend, ce qui comprend le droit à opérer des choix, même dommageables, sur son propre corps. L'autonomie personnelle peut donc être fondée sur la vie privée, voire perçue comme une valeur autonome, et il a été tenté de la transcrire sous cette forme en droit pénal. Néanmoins, dans un système légaliste le consentement ne peut être à lui seul une cause de justification, sauf à ce que la valeur sociale concernée soit disponible.

Admettre le contraire conférerait une place considérable à la volonté individuelle, au risque d'ôter toute fonction régulatrice à l'ordre public général mais également individuel. Surtout, le juge pénal devrait, pour s'assurer de la licéité du consentement, sonder les motivations de la victime d'une manière qui confine à l'inquisition. Partant, il est apparu que seule une intervention législative est à même d'établir les exceptions dans lesquelles l'autonomie personnelle peut faire échec à la répression pénale et que, en conséquence, le consentement justificatif devait être maintenu¹³⁴⁵.

Il en résulte alors que la consécration du droit à l'autodétermination par la Cour européenne des droits de l'homme ne peut recevoir qu'une acceptation partielle en droit pénal. En effet, s'il est indéniable que l'autonomie personnelle est une valeur sociale protégée en ce sens qu'elle justifie parfois les infractions, elle ne peut devenir un élément constitutif de toutes les atteintes à l'intégrité physique. Toutefois, cette interprétation a conféré une assise plus importante à l'autonomie individuelle, qui ne peut être limitée que par une contrariété à l'ordre public. Il faut également admettre que le contenu de l'ordre public est et restera en perpétuelle évolution. Tel est le propre de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cette assise a permis notamment de proposer la légalisation de certaines pratiques comme la gestation pour autrui ou la prostitution. En outre, les sphères de tolérance identifiées restent elles aussi extensibles. Il est donc nécessaire de pouvoir fixer des limites, qui peuvent par exemple être puisées dans des sources internationales comme la CESDH, laquelle comporte le droit à la vie¹³⁴⁶ ainsi que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants¹³⁴⁷, droits auxquels l'on ne peut renoncer.

466. Conclusion du Chapitre 2 – Les développements précédents ont eu pour objet d'identifier la manière dont le droit pénal intervenait dans la relation avec soi-même, particulièrement lorsque la lésion nécessite l'intervention d'un tiers. Il est rapidement apparu que, malgré l'absence de caractère justificatif du consentement, le nombre d'exceptions au

¹³⁴⁵ « Les effets juridiques du consentement exclusif et du consentement justificatif sont identiques. Dans les deux cas, la modification de l'ordonnement juridique est la même : l'incrimination est neutralisée *ab initio*. [...] En effet, lorsque le consentement est efficace, il s'oppose à la qualification pénale, soit parce que l'intérêt protégé par l'incrimination est disponible (la liberté sexuelle, la propriété par exemple) et le consentement n'est que l'expression de cette faculté de disposer, soit parce que deux intérêts sont en conflit, dont l'un seulement est protégé par l'incrimination, et que le législateur a laissé à l'individu le choix de déterminer l'intérêt prépondérant (un intérêt thérapeutique, par exemple, en balance avec l'intégrité corporelle) », X. PIN, *Le consentement en matière pénale, op. cit.*, p. 86.

¹³⁴⁶ Article 2 de la CEDH.

¹³⁴⁷ Article 3 de la CEDH.

principe d'indisponibilité était considérable. En effet, les valeurs sociales protégées sont de deux ordres. Soit elles sont disponibles, à l'instar de la propriété ou de la liberté sexuelle et, dans ce cas, le consentement du sujet fait obstacle à la qualification de l'infraction. Soit elles sont indisponibles et, dans cette hypothèse, l'individu ne peut se mettre librement à la disposition du sujet, sauf dans les cas où la loi l'autorise. Cependant, les autorisations légales explicites couvrent de nombreuses hypothèses et, surtout, certaines pratiques qui bénéficient de ces autorisations sont à l'origine de lésions corporelles irrémédiables. Enfin, il existe des pratiques, comme l'art, qui ne peuvent par définition connaître de limites, d'autant que la société semble les accepter. Il en résulte donc qu'**en plus de voir ses fondements contestés du fait de leur caractère moralisateur, le principe d'indisponibilité du corps humain subit nombre d'exceptions qui conduisent à s'interroger sur la pertinence du consentement justificatif, lequel semble finalement poser moins de limites qu'il n'existe d'exceptions. Peut-être faudrait-il alors faire de la libre disposition de soi le principe.**

La question du maintien de l'indisponibilité du corps humain comme principe s'est donc posée d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme a consacré un droit à l'autodétermination, issu de la vie privée voire dépassant cette notion. Il a donc été tenté de le transposer en droit pénal, sous la forme d'une reconnaissance législative de l'autonomie personnelle comme valeur sociale protégée. Une telle consécration aurait inversé le système de répression actuelle, puisque c'est le respect du consentement qui aurait fondé la réponse pénale et non plus l'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie. Néanmoins, il semble difficile de mettre en œuvre un tel renversement de perspective. En effet, il apparaît peu opportun de faire de la vie et de l'intégrité physique des valeurs sociales disponibles, notamment car la preuve certaine du consentement nécessiterait une immixtion dans le for intérieur de l'individu, ce qui contrevient à l'objectif initial c'est-à-dire le respect de la vie privée.

La théorie du consentement justificatif a donc été affirmée en tentant de déterminer les domaines dans lesquels l'autonomie personnelle est législativement et socialement admise. Il en est ressorti que les sphères sportive, sexuelle, artistique et esthétique sont des exceptions qui ne contreviennent ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, éléments pouvant limiter la volonté individuelle. Pour autant, puisque ces valeurs ne sont pas disponibles, il a été proposé de se fonder sur le critère de gravité dégagé par la Cour européenne pour justifier l'intervention de l'État et encadrer quelque peu ces pratiques. En outre, les domaines dans lesquels la disposition de soi semblait à l'étroit, comme la fin de vie ou la prostitution, ont fait l'objet d'une proposition

d'encadrement. **L'autonomie personnelle ne peut donc devenir le principe et doit rester un fait justificatif mais, pour autant, il faut lui reconnaître une assise conséquente qui permet au consentement justificatif de s'étendre, dans le respect de l'ordre public.**

467. Conclusion du Titre 1 – Le rattachement du corps personnifié au régime de la personne humaine a été appréhendé sous l'angle des rapports de l'individu à autrui, raison d'être de l'intervention du droit pénal en ce qu'il réprime les atteintes extérieures commises aux valeurs sociales protégées. Ces rapports s'organisent autour de deux axes : lorsque le sujet refuse les lésions commises par autrui d'une part, et lorsqu'il y consent d'autre part. Les agressions non consenties par la personne tout d'abord, ont été abordées au travers de l'application du droit pénal commun, pour lequel il a été proposé un certain renforcement. En effet, les imperfections relevées trouvaient leur origine dans une inadaptation du droit pénal actuel au corps, dont la nature est celle d'un support des valeurs sociales. Dès lors, le corps a été rattaché à la personne humaine, en a emprunté le régime et l'a exploité, ce qui a permis une appréhension du corps renouvelée et plus efficiente du corps personnifié. Ensuite, il a été proposé que le seuil de commencement de la personne humaine soit avancé au moment où elle devient autonome et capable de se dissocier de sa mère, soit dès sa viabilité. Le régime applicable à la personne née a donc été transposé au fœtus viable, dans la mesure de ce que l'état de grossesse permet car la liberté corporelle de la mère semble prendre le dessus sur la vie et l'intégrité physique du fœtus. Cette démarche a donc permis d'appliquer un droit positif amélioré à la personne née et de pénaliser les atteintes à la personne avant la naissance. **Les atteintes commises à l'encontre de la personne après la naissance peuvent donc être renforcées par l'exploitation et l'extension des dispositions applicables à la personne humaine, et la pénalisation des atteintes commises avant la naissance est opportune dans la limite de la supériorité de la liberté corporelle de la mère.**

Ensuite, les atteintes commises par autrui et consenties par l'individu ont été analysées. Dans un premier temps, il a été démontré que l'interdiction d'une libre disposition de soi demeurait le principe dans un droit pénal légaliste qui consacre l'indisponibilité des valeurs sociales qu'il protège. Toutefois, même si le consentement n'est pas un fait justificatif, le nombre croissant d'exceptions a pu faire douter de la pérennité et de l'opportunité de ce principe. En effet, le législateur a consacré lui-même les exceptions au travers d'autorisations légales explicites mais également en fondant l'autorisation de la loi sur des autorisations légales

implicites. Couplé à des dispositions légales le consentement a une force justificative. En outre, l'exploitation de son corps à toutes fins par l'individu étant extrêmement variée et infinie, l'autonomie personnelle est en progression permanente. D'ailleurs, ce constat est renforcé par la reconnaissance du droit à l'autodétermination par la CEDH. En conséquence, il a été envisagé d'inverser l'appréhension actuelle du consentement et ainsi de faire de l'autonomie personnelle une valeur sociale protégée. Si le principe devient l'exception, l'absence de consentement est un élément constitutif de l'infraction et l'atteinte au corps est perçue de prime abord comme licite. Or, cela nécessite d'admettre que l'individu puisse mettre sa vie ou son intégrité physique à disposition d'autrui, ce qui n'est guère envisageable dans un système légaliste, notamment car la preuve du consentement nécessiterait de sonder le for intérieur de l'individu, soit d'aller à l'encontre de sa liberté. En revanche, le consentement couplé à une autorisation de la loi a pu être exploité et, au regard des éléments semblant composer actuellement l'ordre public, il a été proposé que le droit pénal étende le consentement justificatif à certains domaines. **La libre disposition de soi doit donc rester l'exception malgré les contradictions apparentes, qui peuvent être atténuées par l'exploitation du consentement justificatif dans des domaines où le législateur pourrait faire preuve de souplesse sans attenter au bon ordre social.**

Cette partie de l'étude s'achève donc sur une appréhension renouvelée d'un corps qui ne se dissocie pas de la personne. Néanmoins, il a été démontré que le corps peut également être dépersonnalisé et, de ce fait, ne peut adopter le même régime. Le corps est en effet un support des valeurs sociales protégées et se voit appliquer le régime de la catégorie juridique à laquelle il correspond. Le droit pénal étant imprégné de la *summa divisio* civiliste, si le corps ne peut être soumis aux dispositions pénales relatives à la personne humaine, peut-être convient-il de lui appliquer le droit pénal des biens.

Titre II : Le corps réifié

468. La qualification juridique du corps réifié, condition de l'application du droit pénal des biens – Bien que le droit pénal fasse preuve d'autonomie, il ne s'affranchit pas pour autant de la *summa divisio* civiliste. Le Code pénal appréhende distinctement les infractions contre les personnes et les infractions contre les biens, réparties au sein de deux Livres différents. Support des valeurs sociales protégées, le corps se voit appliquer le régime de la catégorie juridique à laquelle il correspond¹³⁴⁸. Le corps de la personne s'est ainsi vu appréhendé par le droit pénal de la personne humaine et c'est donc en toute logique que le corps réifié devrait se voir appliquer le droit pénal des biens. Or, les démonstrations précédentes ont abouti à la conclusion que le corps dépersonnalisé intégrait soit la catégorie des choses, soit subissait les incertitudes caractérisant les objets juridiques dont le statut est peu ou mal défini. Il est acquis que les éléments et produits détachés du corps humain sont des choses¹³⁴⁹ et il a été démontré que le cadavre¹³⁵⁰, ainsi que l'embryon¹³⁵¹ revêtent également cette qualification. Le fœtus, totalement ignoré du droit pénal, a été qualifié de personne à compter de sa viabilité et rejoint donc la catégorie des choses dès lors qu'il n'a pas atteint ce stade. Ces choses ont pour particularité d'avoir un caractère humain¹³⁵², ce qui constitue l'obstacle principal à la qualification juridique de bien pouvant conduire à leur instrumentalisation.

En recherchant la qualification juridique du corps, J.-P. BAUD¹³⁵³ a mis en lumière les difficultés rencontrées pour qui cherchait à justifier l'intervention du droit pénal lors de l'atteinte au corps réifié. Pour cela l'auteur s'appuie sur l'exemple d'un ouvrier dont la main, après avoir été coupée lors d'un accident de travail, est appréhendée par un tiers malveillant. Peut-on qualifier cet acte de vol ? Dans l'hypothèse où le membre serait endommagé, la qualification de dégradation du bien d'autrui s'applique-t-elle ? La réponse à ces questions suppose bien entendu de déterminer le statut juridique de cet élément. Une appréhension

¹³⁴⁸ Voir *supra* n° 126.

¹³⁴⁹ Voir *supra* n° 255.

¹³⁵⁰ Voir *supra* n° 295.

¹³⁵¹ Voir *supra* n° 263 s.

¹³⁵² Les prothèses entendues au sens strict n'étant pas dotées d'un caractère humain elles ne feront pas l'objet de développements. Voir cependant, pour les prothèses bioniques, *supra* n° 239.

¹³⁵³ J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, *op. cit.*

renouvelée du corps humain par le droit pénal consiste alors à déterminer dans quelle mesure le corps réifié peut être soumis au droit pénal des biens et recevoir ainsi sa protection. Il n'est pas exclu en effet que l'application du droit pénal des biens y soit favorable mais il faudrait dans ce cas que le corps puisse répondre aux termes de « bien » ou de « chose », supports de la « valeur sociale propriété ».

469. Les choses et les biens, supports de la « valeur sociale propriété » - À la lecture du Code pénal, le législateur entend incriminer les atteintes aux « biens appartenant à autrui » ou à la chose d'autrui »¹³⁵⁴. La protection pénale de la « valeur sociale propriété » porte donc sur ces deux supports, désignés par des termes qui semblent recouvrir de prime abord un sens différent. Le bien revêt une nature corporelle ou incorporelle¹³⁵⁵. À la lecture des incriminations composant le Livre III du Code pénal, les termes de « chose d'autrui »¹³⁵⁶, de « bien d'autrui »¹³⁵⁷ ou encore de « bien quelconque »¹³⁵⁸ apparaissent. Dans ces hypothèses, lorsqu'il existe un lien d'appartenance à autrui la « valeur sociale propriété » repose sur les choses et les biens. Il faudra alors déterminer si le corps réifié est « la chose d'autrui » ou « le bien d'autrui » et s'il constitue un support de la propriété comme valeur sociale protégée.

Pour ce faire, la qualification juridique du corps réifié devra être déterminée (**Chapitre 1**), puis l'application du droit pénal des biens envisagée (**Chapitre 2**).

¹³⁵⁴ Le droit pénal réprime en effet les atteintes à la « chose » (articles 311-1 et 321-1), la remise ou le détournement de « fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque » (articles 321-1, 312-10, 313-1 et 314-1) et les atteintes à « un bien » (article 322-1). Voir R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, p. 181.

¹³⁵⁵ La question s'est posée en matière de vol d'informations, la jurisprudence étant hésitante au vu de la nature immatérielle de cette chose. Dans un premier temps la Haute juridiction semble avoir réprimé la soustraction des documents et non des informations elles-mêmes, voir par exemple Cass. crim. 29 avril 1986, n° 84-96.281 (*Herbeteau*) ; *JCP G* 1987, II 20788, note H. CROZE ; Cass. crim. 19 janvier 1994 ; *Droit pénal* mai 1994, comm. n° 109. Puis la Cour de cassation a élargi la notion de « bien quelconque » aux biens incorporels en matière d'abus de confiance, voir par exemple Cass. crim. 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815 (*Antonielli*) (données commerciales) ; *RSC* 1989, p. 346 s., obs. P. BOUZAT ; Cass. crim. 14 novembre 2000, n° 99-84.522 (détournement d'un numéro de carte bleue ; B. DE LAMY, « Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? » *D.* 2001, p. 1423, note sous arrêt ; Cass. crim. 4 mars 2008, n° 07-84.002 (fichiers informatiques) ; V. MALABAT, « Vol de fichiers informatiques (Art. 311-1 CP) : les supports changent, les interrogations demeurent », *RPDP* 2008, p. 880 s. Plus récemment voir Cass. crim. 16 décembre 2015, n° 14-83.140 (enregistrement vidéo) ; L. SAENKO, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *D.* 2016, p. 587, note sous arrêt. Pour de plus amples développements, voir G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal pénal : contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, LGDJ, 2012.

¹³⁵⁶ Articles 311-1 (vol) et 321-1 (recel) du Code pénal.

¹³⁵⁷ Article 322-1 du Code pénal (destruction, dégradation ou détérioration du bien d'autrui).

¹³⁵⁸ Articles 312-1 (extorsion), 312-10 (chantage), 313-1 (escroquerie) et 314-1 (abus de confiance) du Code pénal.

Chapitre 1 : La qualification juridique du corps réifié

470. L'appropriation du vivant – La protection du corps dépersonnalisé par le droit pénal des biens ne semble pouvoir s'exercer que s'il répond à la qualification de bien, ce qui amène à s'interroger sur cette notion d'une part, et sur son application au corps réifié d'autre part. Pour ce faire, il est nécessaire de s'intéresser à la *summa divisio* civiliste à l'origine de la classification des personnes et des choses. Le droit pénal s'en inspire directement mais s'en affranchit parfois, d'autant qu'il puise généralement dans les autres branches du droit de sorte à étendre certaines valeurs qu'il protège¹³⁵⁹. La protection pénale de la propriété repose en réalité sur la lésion causée à une valeur sociale et non au droit d'un individu en particulier¹³⁶⁰, ce qui laisse une certaine autonomie au juge pénal. Ainsi, un individu a pu être condamné pour le bris d'une clôture qui lui appartenait¹³⁶¹ ou pour la violation du domicile dont il était propriétaire¹³⁶². Dès lors, l'appréhension de la propriété par le droit pénal et par le droit civil se côtoient en ce que la première s'inspire de la seconde, tout en s'en dissociant car le juge pénal ou la loi pénale peuvent avoir une interprétation plus large de cette notion. En toute hypothèse, les choses n'accèdent au statut de bien au sens civil que lorsqu'un rapport de droit s'établit sur elles. En conséquence, ces entités corporelles doivent pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété car, comme le soulignent F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, « les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation. [...] Une chose qui ne peut pas être objet de propriété ne peut pas être un bien »¹³⁶³. Il faudra donc définir la notion de bien en droit pénal, ce qui supposera de l'analyser également en son sens civil.

¹³⁵⁹ L. BESOMBES démontre par exemple que le droit pénal ne se soucie pas de la volonté, c'est-à-dire que seule compte la situation du bien au moment du prononcé de la peine ou de la confiscation. Un bien meuble par anticipation sera considéré comme un immeuble. Le droit pénal « [le droit criminel] n'accordera qu'une relative valeur aux fictions juridiques et catégoriques abstraites du droit civil des biens ». L. BESOMBES, *Le patrimoine d'origine criminelle*, Thèse, Toulouse I, 2015, p. 77 s. et 102 s. Voir cependant, sur la saisie pénale spéciale d'un bien ou droit mobilier incorporel, p. 269 s.

¹³⁶⁰ Sur la distinction entre les valeurs sociales protégées et les droits subjectifs, voir *supra* note n° 312.

¹³⁶¹ Cass. crim. 5 février 1898 ; *Dalloz* 1900, p. 29 s. ; Cass. crim. 27 janvier 1922, *Dalloz* 1923, p. 9 s., note A. HENRY.

¹³⁶² Cass. crim. 22 janvier 1957, *Bull. crim.* n° 68. De la même manière, il sera démontré que le droit pénal a étendu le champ d'incrimination du vol, « dissociant ainsi le bien juridique protégé par le vol du droit subjectif à la propriété », voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 166.

¹³⁶³ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ème} édition, 2008, p. 18 s.

Le droit pénal incrimine les atteintes à des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels¹³⁶⁴ mais l'étude menée conduira à ne s'intéresser qu'à la propriété des biens meubles corporels. Bien que le cadavre, les éléments et produits du corps ou le corps en formation puissent être qualifiés de choses, leur accession au statut de bien dépendra de leur appropriation par la personne. Ce mécanisme implique, pour être mené à son terme, que le corps réifié fasse l'objet de droits et, surtout, l'objet d'échanges. Or, son caractère humain réduit inévitablement les actes juridiques dont il est le support car le respect de la personne humaine commande de ne pas en faire un moyen mais une fin. Pourtant, un bien ne fait pas forcément l'objet d'échanges à titre onéreux et, parallèlement, le corps humain n'est pas exempt de toute circulation juridique. Il est donc envisageable que réification et humanité soient conciliées.

La qualification de bien appliquée au corps réifié impose dans un premier temps de définir cette notion et d'envisager son application à une chose humaine. L'analyse menée présentera le bien comme une chose appropriée (**Section 1**), et le corps réifié comme un bien humain (**Section 2**).

Section 1 : Le bien, une chose appropriée

471. Le caractère sélectif de la propriété – Si tous les biens sont des choses, toutes les choses ne sont pas des biens car seules certaines peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. Considérée comme un « rempart »¹³⁶⁵, un « pilier »¹³⁶⁶ ou encore « un concept clé ou une idée phare »¹³⁶⁷, la propriété¹³⁶⁸ est définie par la loi comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par

¹³⁶⁴ Sur la protection pénale de la propriété, voir par exemple D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, PUF, 2005 ; G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, *op. cit.* ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*

¹³⁶⁵ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2016, p. 207.

¹³⁶⁶ J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2014, p. 345 s., cité par N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 207.

¹³⁶⁷ CH. ATIAS, « Destins du droit de propriété », *Droits* 1985, n° 1, p. 9 s., cité par *ibidem*.

¹³⁶⁸ Parmi les nombreuses études détaillées, voir J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, Vol. 2, 2^{ème} édition (réimpression des éditions de 2002 et 2004), PUF, 2017 ; G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.* ; J. GHESTIN (dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2010 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} édition, Tome 3, LGDJ, 1995 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, Tome 2, LGDJ, 1957 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.* ; J.-L. BERGEL, « Propriété et droits réels », *RDI* 1979, p. 167 s. ; W. DROSS, « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2015, p. 27 s. ; F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation d'une théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 s.

les règlements »¹³⁶⁹. Généralement qualifiée de droit subjectif, soit le pouvoir exclusif accordé à une personne sur son bien¹³⁷⁰, elle reçoit également le qualificatif de droit réel¹³⁷¹, qui se définit comme « un pouvoir direct sur une chose, c'est-à-dire permettant de tirer d'elle une utilité sans passer par une personne »¹³⁷². Pour reprendre les termes de F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, « la propriété envisagée comme un pouvoir est ce qui permet aux choses et aux droits d'être des biens »¹³⁷³ et confère au propriétaire certaines prérogatives sur son bien. Toutefois, l'appropriation est également conditionnée par le bien lui-même, qui doit présenter certaines caractéristiques pour faire l'objet d'un droit de propriété. L'appropriation comporte donc deux volets car le rapport du propriétaire à son bien est tout aussi fondamental que ce qui caractérise le bien en lui-même.

Il faut alors déterminer la relation du propriétaire à son bien (§1), puis les caractéristiques que doit présenter la circulation du bien pour que celui-ci soit appropriable (§2).

§ 1 - La relation du propriétaire à son bien

472. Les fondements légaux de la propriété – « Pierre angulaire »¹³⁷⁴ de la propriété chez certains auteurs pénalistes, l'*abusus* octroie la libre disposition de son bien au propriétaire. La disposition d'un bien peut être comprise au travers de deux articles essentiels du Code civil, chacun porteur d'une conception différente. Ces deux conceptions diffèrent en ce sens que dans l'une, portée par l'article 544 du Code civil, la propriété découle des prérogatives qu'elle confère au propriétaire et dans l'autre, contenue à l'article 537 du Code civil, elle repose avant tout sur un pouvoir de disposition du propriétaire. Autrement dit, soit la disposition d'un bien

¹³⁶⁹ Article 544 du Code civil.

¹³⁷⁰ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 259.

¹³⁷¹ La nature de ce droit fut l'objet d'un intense débat entre les partisans du « droit subjectif absolu », pour qui la propriété est un droit inhérent à l'homme et dont le respect n'est pas subordonné à l'intérêt général (voir par exemple E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, 1912) et les défenseurs de la propriété conçue comme une fonction sociale (voir par exemple L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} édition, 1920) ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, p. 209 s. Parmi les auteurs qui considèrent que la propriété est un droit subjectif, voir notamment F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 260 : « la prérogative du propriétaire doit désormais être considérée comme un droit subjectif, mais à la condition de distinguer cette notion de celle des droits incorporels [qui] constituent des biens ».

¹³⁷² Pour une analyse de la notion de droit réel, voir F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 453 s.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 114.

¹³⁷⁴ En ce sens, voir par exemple D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal, op. cit.*, p. 275 s. L'auteur, qui défend une conception économique du patrimoine, considère que l'*abusus* est « l'élément caractéristique du droit de propriété c'est-à-dire celui dans lequel se noue la dimension économique du droit », p. 271.

provient d'un droit du propriétaire, soit elle provient d'une aptitude du propriétaire, qui a un pouvoir de disposer du bien. En toute hypothèse, le propriétaire retire de ce droit certaines prérogatives dont il dispose sur son bien. Il en ressort que dans une conception objective le droit de propriété naît de ces prérogatives, et dans une conception subjective ces prérogatives découlent du pouvoir de disposer du bien.

Dans cette seconde conception, qui sera préférée, la relation du propriétaire à son bien naît en amont par le pouvoir de disposer du propriétaire (**A**), dont découlent les prérogatives dont il bénéficie sur son bien (**B**).

A. Le pouvoir de disposer du propriétaire

473. La disposition du bien, attribut du droit de propriété – L'article 544 du Code civil met en lumière le contact direct entre le propriétaire et son bien en ce qu'il définit la propriété par le tryptique qui la compose. Il dispose ainsi que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » L'*abusus*, ou la disposition du bien, comporte ceci d'essentiel qu'il permet au propriétaire d'accomplir tous les actes matériels et juridiques qu'il souhaite sur son bien¹³⁷⁵. Il peut l'embellir, l'abandonner, le détruire ou encore l'aliéner. Selon certains auteurs toutefois, l'*abusus* ne se définit que par l'accomplissement d'actes juridiques. Sous cet angle, « cette prérogative touche à l'essence même de la propriété »¹³⁷⁶ et comme sa « composante essentielle »¹³⁷⁷. À l'inverse, d'autres auteurs considèrent que l'*abusus* se traduit uniquement par les actes matériels¹³⁷⁸, ou ne constitue pas un attribut mais une valeur d'échange¹³⁷⁹.

Cette approche classique inclut toutefois l'*abusus* dans un droit subjectif, amenant ainsi à un raisonnement tautologique. La propriété ne peut être conçue comme un bien, qui

¹³⁷⁵ Voir par exemple, J. GHESTIN (dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, op. cit., p. 96 s. ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2015, p. 140 ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., p. 204 ; F. TERRÉ et PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 2014, p. 135 s.

¹³⁷⁶ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., p. 204.

¹³⁷⁷ S. SCHILLER, *Droit des biens*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2017, p. 67.

¹³⁷⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 3, Les biens, op. cit., p. 224 s. ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 334 : « il ne s'agit pas [cependant] d'un acte juridique mais d'un acte purement matériel de consommation, car ce n'est pas la suppression du droit qui est recherchée ».

¹³⁷⁹ W. DROSS, *Les choses*, op. cit., p. 12 s.

confèrerait donc au propriétaire un droit exercé sur ce même bien et provenant de ce bien. En effet, si le droit de disposer de la chose est issu d'un attribut de la propriété il est alors issu lui-même du droit de disposer de la chose. En conséquence, « le pouvoir de disposer s'exerce sur lui-même quand un acte juridique est accompli par le sujet sur son droit »¹³⁸⁰, ce qui revient à « s'approprier le rapport d'appropriation »¹³⁸¹. En d'autres termes, le droit de propriété n'est pas un bien lui-même mais il est à l'origine de la qualification de bien octroyé à un objet qui peut recevoir cette qualité. Si l'*abusus* n'est pas un attribut du droit de propriété, il n'en reste pas moins que le propriétaire est titulaire d'un pouvoir de disposer de la chose, pouvoir dont il faut identifier l'origine. Il est alors nécessaire de dissocier le droit à disposer de la chose du pouvoir de disposer de la chose.

474. La disposition du bien, prérogative du propriétaire – L'article 537 du Code civil présente la propriété sous angle subjectif car il dispose que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ». F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET distinguent les notions de disposition et d'*abusus* car la première consiste à accomplir des actes juridiques tandis que la seconde consiste à accomplir des actes purement matériels¹³⁸². Perçu sous un angle purement matérialiste l'*abusus* est moins l'expression du droit de propriété que la prérogative qui en est à l'origine. Le pouvoir de disposer peut alors se définir comme « l'aptitude de la personne au commerce juridique »¹³⁸³ et se distingue du droit à disposer. F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET relie le pouvoir de disposer à la personnalité juridique de l'individu et le décrivent comme « l'un des pouvoirs fondamentaux constitutifs de la personnalité juridique »¹³⁸⁴. Il s'agit de l'expression d'une volonté de l'individu, d'une liberté dont il dispose. Ce pouvoir de disposer de ses biens prend sa source dans le *commercium* qui désignait, « en droit romain, l'essentiel de la personnalité juridique, c'est-à-dire l'aptitude à acquérir des biens et l'aptitude à disposer de ses biens,

¹³⁸⁰ F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 337. Sur ce point, voir plus généralement F. ZÉNATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, Thèse, Lyon, 1981, p. 599 s.

¹³⁸¹ F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 21 : « malgré qu'elle soit couramment présentée comme telle, il n'est guère concevable que la propriété soit un bien, car il serait tautologique et absurde de s'approprier le rapport d'appropriation. Le droit de propriété ne peut être un bien parce qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens », p. 21. Voir également W. DROSS, *Les choses, op. cit.*, p. 34 : « comment, lorsque l'on transmet la chose à autrui, lui conférer le droit d'en disposer à son tour tout en utilisant simultanément cette prérogative pour procéder au transfert ? ».

¹³⁸² F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 334.

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 337, voir également p. 65 s.

¹³⁸⁴ *Ibidem.*

notamment par aliénation, autrement dit, la capacité d'accomplir des actes juridiques »¹³⁸⁵. C'est en cela que l'article 537 du Code civil présente la disposition d'un bien sous l'angle d'une prérogative du propriétaire¹³⁸⁶, le pouvoir de disposer se doublant ensuite du droit de disposer d'un bien dont on est propriétaire. Toutefois, l'aptitude à acquérir des biens confère à la personne la capacité de conclure des conventions à titre onéreux et à titre gratuit, mais qui ne reste donc qu'une potentialité tant que ce pouvoir n'a pas été effectivement exercé sur un bien. Le commerce juridique permet alors d'exercer cette aptitude et de la concrétiser.

475. La fonction du commerce juridique – F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET décrivent le commerce juridique comme « toutes les formes d'activité par lesquelles les personnes établissent entre elles des rapports de droit »¹³⁸⁷. Un bien pouvant faire l'objet d'actes juridiques est donc dans le commerce juridique, ce qui signifie que le statut juridique de cette chose lui permet de circuler¹³⁸⁸. Le *commercium* est alors un « vecteur des actes juridiques »¹³⁸⁹, eux-mêmes représentant une « extériorisation concrète du pouvoir de disposer »¹³⁹⁰.

En outre, pour que cette aptitude à l'échange puisse se concrétiser par la réalisation de ces actes juridiques, encore faut-il que les biens soient disponibles. Cette aptitude du propriétaire n'a en effet que peu de sens si elle ne peut se concrétiser. Il sera par ailleurs démontré que cette disponibilité nécessaire dont le bien doit faire preuve est prise en compte par le législateur car il est rare qu'une chose ne puisse circuler.

Il ressort de ces développements que la relation du propriétaire à son bien s'établit tout d'abord par la capacité de celui-ci à disposer d'un bien. Cette aptitude se concrétise ensuite par

¹³⁸⁵ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 65, voir également p. 337 s.

¹³⁸⁶ L'article 537 dispose en effet que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ».

¹³⁸⁷ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, PUF, *op. cit.*, p. 66. G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47 s., spéc. p. 48 : « La distinction entre les choses hors du commerce juridique et les choses hors du marché se déduit du sens donné au mot *commercium*, qui ne désigne pas seulement les opérations commerciales *stricto sensu* mais vise le commerce juridique *lato sensu*, c'est-à-dire l'ensemble des actes juridiques dont une chose peut être l'objet ». Sur cette distinction, voir *infra* n° 486 s.

¹³⁸⁸ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.* : la fonction du commerce juridique est « de renseigner sur la possibilité ou l'impossibilité d'effectuer des opérations juridiques sur les choses. [...] la commercialité est dessinée en termes de circulation et d'aptitude des choses à y participer en fonction de leur statut juridique ». Selon les auteurs, il existe une conception subjective reposant sur l'aptitude des choses à circuler, et une conception objective qui participe de la condition du propriétaire. La relation d'exclusivité qui l'unit à son bien lui permet de le faire circuler juridiquement.

¹³⁸⁹ A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, Thèse, Lyon 3, 2016, p. 95.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 96.

la réalisation d'actes juridiques sur un bien, qui est alors dans le commerce. Le droit de propriété produit des effets qui ne sont autres que la manière du propriétaire d'appréhender son bien.

B. Les prérogatives du propriétaire

476. La jouissance et la disposition du bien – Les prérogatives du propriétaire se traduisent classiquement par le tryptique *usus, fructus, abusus*. L'article 544 du Code civil confère au propriétaire le droit d'user de son bien et le droit d'en disposer. La jouissance inclut le fait de percevoir les fruits de son bien mais également de ne pas le faire fructifier car cette prérogative s'entend en son sens positif comme négatif. Le droit d'usage emporte ensuite la faculté d'effectuer des actes matériels mais également juridiques, faculté permise par le pouvoir de disposer de la chose. Ce pouvoir est à distinguer du droit de disposer de la chose, faculté qui découle du droit de propriété, qui découle lui-même du pouvoir de disposer.

L'*abusus* est donc une prérogative du propriétaire et plus précisément la prérogative fondamentale du droit de propriété en ce sens que seul le propriétaire en est titulaire. Elle lui permet donc d'effectuer tout acte matériel sur son bien comme de le détruire. Il faut ajouter à cela ce qui relève du pouvoir de disposer, qui se traduit par des actes juridiques¹³⁹¹ et qui permet au propriétaire de vendre son bien, de l'abandonner ou de le donner. L'*abusus* est donc dépendant de la libre disposition des biens¹³⁹², essentielle à l'existence du commerce et qui justifie que le propriétaire peut effectuer tout acte sur son bien, dans la limite des dispositions légales. Plus encore, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET expliquent que la réalisation de tous ces actes repose avant tout sur la volonté du propriétaire¹³⁹³. Ces prérogatives découleraient donc, dans cette conception, du lien d'exclusivité qui unit le propriétaire à sa chose.

477. L'exclusivité – Corollaire du caractère absolu du droit de propriété, l'exclusivité permet au titulaire du droit de propriété de bénéficier seul de ses biens et, inversement, d'interdire quiconque d'utiliser ou de disposer de son bien. De cette exclusivité découle la sanction des atteintes au droit de propriété, telle l'action en revendication suite à un vol. L'exclusivité permet ensuite, selon F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, de retirer toutes les

¹³⁹¹ Cette capacité provient en effet du pouvoir de disposer et non du droit de disposer, voir *supra* n° 437 s.

¹³⁹² F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 338.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 314.

utilités de ce bien¹³⁹⁴ dans la limite des dispositions légales ou réglementaires. Il serait donc bénéficiaire de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, qui ne sont autres que les utilités d'un bien. En matière pénale, D. AUGER définit ce caractère comme « l'exclusion d'autrui de la sphère privative du propriétaire »¹³⁹⁵, donc « toute chose dont l'auteur n'est pas le propriétaire exclusif » n'est pas considérée comme une chose ou un bien appartenant à autrui¹³⁹⁶. L'auteur souligne que cette condition d'appartenance à autrui reflète « l'application fidèle des règles civilistes par le droit pénal et écarte, en ce domaine, l'analyse autonomiste du droit pénal »¹³⁹⁷. L'infraction peut donc porter sur un bien faisant l'objet d'un droit de jouissance, de location ou encore d'une convention d'usufruit¹³⁹⁸. Enfin, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET expliquent que ces prérogatives sont absolues, ce qui se traduit essentiellement par l'opposabilité de la propriété.

Le droit de propriété confère à son titulaire la maîtrise pleine et entière de son bien, à condition toutefois de ne pas en faire un usage prohibé par la loi ou par les règlements¹³⁹⁹. Le pouvoir de disposer des biens et leur disponibilité de principe va en sens. Puisque la loi a pour but de favoriser le commerce juridique, le pouvoir qu'exerce le propriétaire sur son bien est par principe absolu et s'exerce dans le respect des dispositions légales. Ainsi, même si certains biens ont une disponibilité particulièrement limitée, cela ne leur enlève pas pour autant la qualité de bien. Tant qu'ils circulent juridiquement ils revêtent cette qualité, leur propriétaire n'ayant que peu de liberté dans la disposition de la chose.

Il ressort de ces premiers développements que la relation du propriétaire à son bien se caractérise en amont de l'appropriation, par le pouvoir de disposer du bien. Inhérente à la personnalité juridique, cette capacité permet l'existence du commerce, qui n'aurait que peu de sens sans un individu pour faire circuler ses biens. En conséquence, la libre disposition des biens est le principe, et peut être limitée par des interdictions légales. Cette relation se caractérise ensuite en aval de l'appropriation, par les prérogatives que le droit de propriété confère à son titulaire. Ces points expliquent la relation du propriétaire à son bien mais non des caractéristiques que doivent présenter les biens pour être dans le commerce. Il n'est pas acquis

¹³⁹⁴ *Ibid.*, *Les biens*, op. cit., p. 332.

¹³⁹⁵ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, op. cit., p. 134.

¹³⁹⁶ *Ibidem*.

¹³⁹⁷ *Ibidem*. Voir Cass. crim. 20 janvier 1981, n° 80-90.252 (dégradation d'un véhicule appartenant à la communauté de biens existant entre l'auteur et son épouse) ; *JCP G* 1981, II 19673.

¹³⁹⁸ D. VIRRIOT-BARRIAL, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Destructures – Dégradation – Détérioration, avril 2017.

¹³⁹⁹ Article 544 du Code civil.

que le pouvoir de disposer du propriétaire puisse en effet s'exercer sur toute chose et tous les biens ne peuvent circuler de manière absolue.

§ 2 - Les caractéristiques de la circulation du bien

478. L'aptitude à l'échange du bien – Les limites légales au pouvoir de disposer se traduisent de différentes manières. Ainsi, certains biens peuvent faire l'objet d'une vente tandis que d'autres, comme les éléments et produits du corps humain, ne pourront que faire l'objet de conventions à titre gratuit¹⁴⁰⁰. Ces limites à la commercialité interrogent quant au critère qui doit primer pour que la chose devienne un bien. Faut-il, en effet, considérer que le commerce dont les biens doivent faire partie s'entend d'un commerce économique, soit de conventions à titre onéreux ? La sphère d'intervention du droit pénal pourrait en effet se limiter aux biens pouvant circuler économiquement. Toutefois, la propriété est une valeur sociale protégée donc les atteintes qui lui sont portées affectent avant tout l'ordre public. Sous cet angle, l'exigence de la circulation économique d'un bien, ou à tout le moins sa capacité à faire l'objet d'une évaluation économique comme condition de l'appropriation, semble réductrice. Pour autant, certains ne conçoivent pas que cette valeur sociale ait une raison d'être si les biens n'ont aucune valeur économique. En conséquence, si le bien est perçu uniquement sous un angle économique, seules seront appropriables les choses qui peuvent faire l'objet de conventions à titre onéreux. Suivant cette conception et au regard du principe de non-patrimonialité du corps humain, le droit pénal des biens ne s'appliquera pas au corps réifié car celui-ci ne pourra être un support de la « valeur sociale propriété ».

Les démonstrations à venir révéleront une approche relativement souple de la valeur du bien car le droit civil comme le droit pénal témoignent d'une indifférence à l'aptitude à l'échange économique du bien **(A)**. Seule l'aptitude des biens à l'échange juridique sera un critère déterminant **(B)**.

¹⁴⁰⁰ À l'exception de certains d'entre eux comme les ongles, les phanères, les cheveux et les dents, voir l'article 1^{er} du Décret n° 95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du Titre Ier du Livre VI du code de la santé publique, *JO* du 11 août 1995.

A. L'indifférence à l'échange économique du bien

479. La valeur économique, source de confusions – L'utilité est considérée comme une des origines de l'appropriation car l'on ne s'approprie que ce qui est utile¹⁴⁰¹. Traduite par une valeur d'usage ou une valeur d'échange, l'utilité constitue donc un critère d'identification d'un bien. Alors que la valeur d'usage « exprime les qualités immédiates de la chose pour l'homme »¹⁴⁰², la valeur d'échange implique que « le propriétaire va renoncer au profit d'un tiers aux utilités de sa chose en contrepartie de l'acquisition d'une maîtrise exclusive sur une chose différente »¹⁴⁰³. Il est traditionnellement admis que la propriété ne porte que sur des biens pouvant faire l'objet d'une circulation économique, soit des biens pouvant faire l'objet d'une circulation à titre onéreux¹⁴⁰⁴. Dès lors, ne seraient appropriables que les biens cessibles à titre onéreux, ce qui entraîne une confusion regrettable entre la commercialité et la patrimonialité. En outre, la propriété constitue une valeur sociale protégée dont l'atteinte peut être constituée en dehors de tout préjudice économique.

En conséquence, même si l'appropriation se conçoit au travers de la prééminence de l'aptitude à la circulation économique du bien (1), le droit de propriété peut se construire en s'affranchissant de ce critère (2).

1) La prééminence apparente du caractère économique de la valeur

480. La valeur d'usage et la valeur d'échange du bien – Le bien doit être utile à l'homme car, dans le cas contraire, rien ne motive son appropriation. Valeur d'usage et valeur d'échange ne sont autres que la traduction de l'*usus* et de l'*abusus*¹⁴⁰⁵. La valeur d'usage s'entend de la jouissance de son bien par le propriétaire, qui tire profit de la chose ou en récupère

¹⁴⁰¹ W. DROSS, *Les choses, op. cit.*, p. 12 s. ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 18 s.

¹⁴⁰² W. DROSS, *Les choses, op. cit.*, p. 31 s. Voir également, du même auteur, *Les biens*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2014, p. 22 s.

¹⁴⁰³ W. DROSS, *Les choses, op. cit.*, p. 34 s.

¹⁴⁰⁴ Valeur économique et circulation économique peuvent se distinguer, en ce sens que si l'une est une caractéristique de la chose, l'autre serait éventuellement limitée par la loi. Ainsi, certaines choses ne peuvent être vendues mais rien n'empêche de leur donner un prix. Néanmoins, valeur économique et circulation économique seront ici assimilées, le droit pénal n'opérant pas cette distinction.

¹⁴⁰⁵ W. DROSS, *Les choses, op. cit.*, p. 13.

les fruits¹⁴⁰⁶. En révélant ses qualités à l'homme la valeur d'usage crée l'utilité du bien¹⁴⁰⁷, condition de son appropriation. Elle s'exprime particulièrement s'agissant des choses hors commerce¹⁴⁰⁸ car d'une part, leur circulation étant particulièrement limitée elles sont utiles tout en étant parfois dénuées de valeur économique et, d'autre part, l'usage qui peut en être fait ne saurait outrepasser ce à quoi elles sont destinées¹⁴⁰⁹. Valeur d'usage et valeur d'échange se distinguent, en ce sens que si tout bien peut faire l'objet d'une évaluation économique tous les biens ne peuvent être échangés.

Le corps réifié témoigne d'une valeur d'usage notamment au regard de l'utilité de ces éléments et produits envisagés pour une finalité thérapeutique ou scientifique. Ces éléments et produits circulent juridiquement car, on le verra, ils font l'objet de conventions à titre gratuit, ce qui exprime leur utilité pour l'Homme. Par définition, toute chose qui circule juridiquement comporte une valeur d'usage, raison d'être de l'acte juridique dont elle fait l'objet. La notion de valeur d'usage pourra donc être appliquée au corps réifié car, comme l'explique N. REBOUL-MAUPIN¹⁴¹⁰, l'usage du corps peut se manifester par exemple par les fruits produits par l'utilisation des organes et des gamètes féminins. En plus de renvoyer à un échange juridique la valeur d'échange comporte quant à elle une dimension économique. Dans cette hypothèse, l'utilité de la chose réside alors principalement dans la possibilité de la céder à titre onéreux.

L'article 544 du Code civil témoigne du critère de la valeur d'échange des biens en ce qu'il exprime un « droit de disposer » des choses¹⁴¹¹ car « le propriétaire va renoncer au profit d'un tiers aux utilités de sa chose en contrepartie de l'acquisition d'une maîtrise exclusive sur une chose différente »¹⁴¹². Les choses ayant une valeur d'échange sont donc susceptibles d'une

¹⁴⁰⁶ Voir cependant W. DROSS, *Les biens, op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁰⁷ Deux théories s'opposent au sujet de la valeur comme critère du bien. Selon une théorie objectiviste, la notion de valeur est une réalité juridique mais qui ne comporte pas de définition commune, et si l'on considère que la valeur est dans chaque chose c'est, à terme, la valeur qui deviendrait un bien (voir par exemple C. VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ*, 1999, p. 685 s). À l'inverse, la théorie subjectiviste considère que la valeur naît au moment où le sujet veut s'approprier la chose, voir par exemple W. DROSS, *Les biens, op. cit.*, p. 21 s. Selon l'auteur la notion même de valeur est subjective.

¹⁴⁰⁸ A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures, op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁰⁹ A. GAILLIARD explique ainsi que, « pour dessiner les contours de l'extracommercialité, les juges s'éclairent à la lumière de la nature et de l'usage des choses. Ainsi, si les choses dangereuses sont retirées du commerce, c'est bien du fait de leur nature dangereuse », *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, p. 18.

¹⁴¹¹ W. DROSS, *Les biens, op. cit.*, p. 31.

¹⁴¹² *Ibidem*.

évaluation monétaire et, surtout, sont autorisées à la vente. Or, dans une conception économique de la notion de bien, l'appropriation reposerait sur une aptitude à l'échange économique.

481. La valeur économique, critère d'identification du bien – Il est acquis que le droit pénal réprime les atteintes à la « valeur sociale propriété », qui trouve ses origines dans le droit de propriété dont une personne est titulaire. La protection pénale des droits patrimoniaux s'inspire donc directement de la théorie du patrimoine civil, tout en y apportant une certaine forme d'autonomie¹⁴¹³. Une partie de la doctrine distingue les choses et les biens en droit pénal, au regard de la valeur économique de ces derniers. Selon l'acceptation courante la possibilité de céder le bien découle directement de son caractère économique¹⁴¹⁴, donc un bien dans le commerce est considéré comme apte à circuler juridiquement (faire l'objet de conventions à titre gratuit) et économiquement (faire l'objet de conventions à titre onéreux). Dans cette conception, les choses ne pourraient devenir des biens que si elles peuvent faire l'objet de conventions à titre onéreux. L'échange monétaire devient alors le critère d'identification du bien, qui ne serait autre qu'une source d'enrichissement pour son propriétaire, donc « il va de soi qu'une propriété privée de ses utilités économiques est une enveloppe vide »¹⁴¹⁵. Par exemple, le fait de s'emparer d'un caillou ne suffit pas à lui conférer la qualification de bien. D'une part, le fait de s'en débarrasser aussitôt l'abaisse de nouveau au rang de chose et, d'autre part, si un individu s'en empare, aucune action en revendication ne semble sérieusement envisageable, sauf à ce que ce caillou ait une valeur économique considérable¹⁴¹⁶. En conséquence, il sera démontré que la commercialité et l'aliénabilité se confondent et, par extension, commercialité et patrimonialité viennent à être identifiées¹⁴¹⁷, en droit civil comme en droit pénal. La compensation entre l'actif et le passif serait à l'origine d'une telle perception

¹⁴¹³ Voir *infra* n° 484 s.

¹⁴¹⁴ Voir notamment W. DROSS, *Les biens*, *op. cit.*, p. 31 s. ; du même auteur, *Les choses*, *op. cit.*, p. 34 s. En amont, M. FABRE-MAGNAN distingue l'accessibilité matérielle. Couplée à l'accessibilité juridique du bien, elles confèrent au bien une aptitude à l'échange. La première s'entend de la possibilité d'une séparation physique entre la chose et le sujet de droit, afin qu'elle puisse circuler et être transmise sans qu'il en résulte la mort d'autrui, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 s., spéc. p. 591 s.

¹⁴¹⁵ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, *op. cit.*, p. 385. *Contra*, voir par exemple M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, *op. cit.*, p. 126 (à propos du vol) : « Le vol est lié dans les esprits à une idée de cupidité, mais c'est en réalité l'atteinte à la propriété qui est réprimée. La qualification de chose conduit à ce qu'il n'est pas exigé que celle-ci ait une valeur importante, ni même une valeur du tout ». Plus encore, certains auteurs comme P. BERLIOZ considèrent que les biens font partie du gage commun des créanciers la saisissabilité est le révélateur du bien, cette qualité étant octroyée aux choses soumises à la personne, détachables et saisissables, voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, p. 207 et 234.

¹⁴¹⁶ En ce sens voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.* ; CH. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique ; l'impossible définition ? », in *Les biens et les choses*, *Archives de philosophie du droit*, Tome 24, 1979, p. 259 s.

¹⁴¹⁷ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 66.

car l'existence d'une « balance » entre les deux ferait apparaître le patrimoine comme « une entité économique, cet aspect se révélant avec éclat lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit de gage des créanciers »¹⁴¹⁸.

Comme le relève L. BESOMBES¹⁴¹⁹, les auteurs pénalistes s'appuient majoritairement sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 novembre 2000¹⁴²⁰ pour en déduire que les choses dépourvues de valeur patrimoniale sont exclues du champ des biens¹⁴²¹, du moins s'agissant de l'abus de confiance. En l'espèce, l'auteur a été condamné pour un abus de confiance commis à l'aide d'un numéro de carte bleue. Les juges du second degré ont mentionné que l'autorisation de prélèvement de la victime constituait une valeur patrimoniale et la Cour de cassation a rendu un arrêt de rejet. Il est cependant hâtif de la part de la doctrine d'aboutir à de telles conclusions car en aucun cas la Cour n'affirme que le bien doit revêtir une valeur patrimoniale, ni même ne le mentionne car les moyens n'en font pas état. Au surplus, les juges du fond ont précisé que le bien était de nature patrimoniale sans pour autant l'ériger en élément constitutif de l'infraction¹⁴²². Plus encore, l'arrêt semble surtout enclin à préciser que l'abus de confiance peut porter sur un bien quelconque et donc, en l'espèce, incorporel¹⁴²³. Cette conception économique du bien est en réalité réductrice. La « valeur sociale propriété » ne peut recouvrir toute atteinte à l'ordre public si seuls certains biens sont protégés.

En outre, une conception économique du patrimoine impose qu'un bien soit apte à circuler économiquement. Dans cette conception, les biens ont forcément un caractère patrimonial pour revêtir cette qualification.

¹⁴¹⁸ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 22. Sur les approches économique et juridique du patrimoine en droit pénal, voir p. 22 s.

¹⁴¹⁹ L. BESOMBES, *Le patrimoine d'origine criminelle*, op. cit., p. 96.

¹⁴²⁰ Cass crim 14 novembre 2000, n° 99-84.522 ; B. DE LAMY, « Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? », *D.* 2001, p. 1423 s., note sous arrêt ; *RSC* 2002, p. 108 obs. R. OTTENHOF.

¹⁴²¹ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, op. cit., p. 101.

¹⁴²² L. BESOMBES, *Le patrimoine d'origine criminelle*, op. cit., p. 97.

¹⁴²³ Pour de plus amples développements sur les biens incorporels comme élément du patrimoine, voir G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, op. cit.

482. La dimension économique du patrimoine, restriction à la qualification de bien

- La conception classique du patrimoine¹⁴²⁴, mise en lumière par AUBRY et RAU¹⁴²⁵, s'inspire de la doctrine de ZACHARIAE¹⁴²⁶. Perçu comme un contenant, le patrimoine constitue une universalité de droit, composée des droits et obligations dont une personne juridique est titulaire. Il se compose d'un actif représenté par les biens évaluables en argent, et d'un passif qui se traduit par l'ensemble des dettes à la charge de la personne¹⁴²⁷. L'actif répond donc du passif et le patrimoine constitue le gage commun des créanciers sur les biens présents et à venir. Ceux-ci sont cessibles entre vifs à titre onéreux ou gratuit, transmissibles à cause de mort et, enfin, saisissables par les créanciers. En outre, toute personne juridique, et seulement elle, est dotée d'un patrimoine unique. Cette conception impose donc, pour qu'un bien entre dans le patrimoine, qu'il soit apte à circuler économiquement, autrement dit qu'il fasse l'objet d'une évaluation monétaire. F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET déplorent « la transformation qui [en a] été faite [de la définition du patrimoine] par la pensée moderne [et qui] a éloigné le patrimoine des biens. [...] Bien que la théorie du patrimoine n'ait pas affirmé que les choses et les droits qui sont hors du patrimoine ne sont pas des biens, ce glissement a été opéré par la doctrine postérieure, qui réserve, depuis lors, la qualification de bien aux droits qui sont dans le

¹⁴²⁴ Voir notamment J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations, op. cit.* ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens, op. cit.* ; J. GHESTIN (dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.* ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.* ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.* ; F. TERRÉ et PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.* ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*

¹⁴²⁵ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^{ème} édition, Tome 9, LGDJ, 1917.

¹⁴²⁶ ZACHARIAE, *Le droit civil français*, Tome 2, Durant, 1855.

¹⁴²⁷ Article 2284 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». En ce sens, voir notamment CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens, op. cit.* ; C. LARROUMET et A. AYNES, *Traité de Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*, 6^{ème} édition, Tome 1, Economica, 2013 ; J. GHESTIN (dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.* ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français. Les biens, op. cit.* ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil : les biens, op. cit.* ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.* *Contra*, voir par exemple P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.* ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brève notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 s. Selon ces auteurs, minoritaires, le patrimoine ne se comprendrait qu'au travers d'une universalité de fait, en ce sens qu'il se compose uniquement des biens d'une personne.

patrimoine »¹⁴²⁸. Par conséquent, la prééminence du caractère économique conduit à confondre commercialité et aliénabilité, ce qui restreint l'appropriation des biens.

483. La confusion entre commercialité et patrimonialité - L'exigence du caractère économique d'un bien entraîne une confusion entre sa commercialité et sa patrimonialité. Sa circulation économique signifie en effet qu'il peut être vendu, soit aliénable à titre onéreux, ce revient donc à assimiler commercialité et patrimonialité, ou extra-commercialité à extra-patrimonialité¹⁴²⁹. Or, le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, ce qui entre en contradiction avec le patrimoine conçu comme un ensemble de biens susceptibles d'une évaluation monétaire. Il existe « une incompatibilité entre appropriation et extra-commercialité »¹⁴³⁰. En conséquence, si une chose est hors du commerce économique cela signifie qu'elle ne peut être appropriée¹⁴³¹, ce qui réduirait la catégorie des biens à ceux dotés d'une valeur économique.

Dans cette conception, le corps humain ne peut rejoindre la catégorie des choses qui font l'objet d'un contrat. Plus généralement, exclure le corps humain, ses éléments et ses produits, de la commercialité, permet de s'assurer qu'ils n'entreront pas dans la sphère patrimoniale. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET expliquent par ailleurs que dans cette hypothèse notamment, l'extra-commercialité du corps ne serait pas due à l'expression d'un

¹⁴²⁸ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 23. Pour de plus amples développements sur la notion de patrimoine, voir, dans cet ouvrage, p. 24 s. Il faut ajouter à cette critique que l'unicité et l'indivisibilité du patrimoine sont remises en cause car certains biens, par exemple ceux affectés à un usage professionnel, ne sont pas saisissables par les créanciers personnels du débiteur. Autrement dit, il faut admettre l'idée d'un patrimoine d'affectation, qui renvoie à une théorie objective. Pour de plus amples développements, voir notamment G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 12 s. : « Le lien qui unit les éléments du patrimoine n'est plus l'identité de titulaire [...] Ce qui les rassemble [les biens] c'est l'affectation commune à la poursuite d'un même but [...]. La déconnexion qui s'opère entre personne et patrimoine produit plusieurs conséquences. Si une personne a plusieurs activités, elle peut avoir plusieurs patrimoines. [...]. La conception française – radicalement opposée (subjective) – n'a consenti à la thèse objective des concessions secondaires. Celles-ci apparaissent chaque fois que le droit français tolère qu'un cloisonnement plus ou moins étanche s'établisse au sein d'un patrimoine entre divers compartiments » ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 29 s. ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴²⁹ Plus précisément, sur l'interprétation de l'ancien article 1128 du Code civil, voir J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 226 : « la doctrine se divise sur la portée à reconnaître à la règle de police de l'article 1128 du Code civil. Pour certains, cette règle ne se destinerait qu'aux seules choses insusceptibles d'appropriation, ce qui conduit à mettre sur un même plan l'extra-commercialité de la chose et extra-patrimonialité ».

¹⁴³⁰ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 66. *Contra*, voir I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997.

¹⁴³¹ E. TRICOIRE considère par exemple que l'inappropriabilité est « une forme pure d'extra-commercialité », voir E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, EUE, 2012, p. 134 s., spéc. p. 146, cité par A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, *op. cit.*, p. 112. En ce sens, voir également I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, *op. cit.*, p. 148 s.

interdit mais à une impossibilité. La chose ne peut circuler en raison de sa nature inappropriable¹⁴³².

Cette conception se révèle particulièrement réductrice, tant s'agissant de la conception civiliste du patrimoine que de l'assiette de la « valeur sociale propriété ». Or, si le patrimoine peut se concevoir, en droit civil comme en droit pénal, en sa dimension juridique, ces deux notions n'ont pas à être assimilées. Il faut alors déterminer dans quelle mesure l'assiette de la « valeur sociale propriété » peut être constituée par une atteinte au patrimoine entendue en sa dimension juridique, soit une atteinte n'emportant aucune conséquence économique.

2) *L'affranchissement du caractère économique du bien*

484. La dissociation entre commercialité et patrimonialité – Si la notion de chose hors du commerce est souvent assimilée à celle de chose inappropriable, l'acception classique du patrimoine, dite théorie subjective, connaît une remise en cause. Certains biens sont en effet extra-patrimoniaux du fait, par exemple, de leur caractère insaisissable ou hors commerce¹⁴³³, tenant alors en échec la théorie selon laquelle tous les biens font l'objet de droits patrimoniaux. G. LOISEAU explique, en prenant exemple sur les souvenirs de famille, que « l'importance de la valeur marchande de la chose ne change rien [au demeurant] à l'interdiction d'en disposer »¹⁴³⁴. Autrement dit, une chose peut être déclarée indisponible par la loi tout en ayant une valeur économique. Par ailleurs, cette conception, précédemment évoquée, qui tenait à assimiler l'ancien article 1128 du Code civil aux seules choses appropriables, ne pouvait guère perdurer au regard de certains articles relevant des contrats spéciaux. Par exemple, l'article 1598 du Code civil qui précise que « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation » n'aurait que peu d'utilité.

¹⁴³² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 228. Les auteurs ajoutent d'ailleurs, à propos de l'ancien article 1128 du Code civil, que le commerce juridique n'avait pas besoin d'être interdit sur le fondement de cette règle, mais seule compt[ait] l'impossibilité qu'il y a, en soi, à transférer des droits qui n'existent pas sur la chose ».

¹⁴³³ Par exemple les souvenirs, de famille. Voir notamment, parmi la doctrine unanime sur ce point, G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 46 ; PH. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 7^{ème} édition, 2016, p. 47 s. ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, p. 692 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴³⁴ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 48. Voir Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1955, *Bull. civ.* n° 178 ; D. 1995, somm. p. 330, obs. Grimaldi.

Par ailleurs, il sera démontré¹⁴³⁵ que si toutes les choses qui ne peuvent être vendues ne sont pas dans le commerce économique, soit hors marché, ce n'est pas pour autant qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'actes juridiques à titre gratuit¹⁴³⁶. Par exemple, l'article 1598 du Code civil dispose que « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Il en ressort que seuls les biens dans le commerce peuvent faire l'objet de conventions à titre onéreux mais, pour autant, il n'est pas certain que les biens doivent faire l'objet de conventions à titre onéreux pour être dans le commerce. L'article 1598 du Code civil induit d'une part que la commercialité est à distinguer de l'aliénabilité et, d'autre part, que ce qui n'est pas dans le commerce juridique ne peut être vendu¹⁴³⁷.

Or, si la notion de bien s'émancipe de la valeur économique pour être rattachée à la valeur juridique, elle comprendra toutes les choses dans le commerce juridique. En proclamant que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »¹⁴³⁸, le législateur s'est en réalité départi du principe d'indisponibilité posé par la jurisprudence. Un bien peut en effet être disponible sans pour autant être dans le patrimoine car nombre de choses hors du commerce économique peuvent faire l'objet d'actes juridiques. Il sera donc démontré que l'extra-commercialité tend plus à l'indisponibilité qu'à l'extra-commercialité ou à l'inaliénabilité¹⁴³⁹.

Plus encore, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET démontrent que le problème de l'extra-commercialité surgit justement lorsque l'on est en présence d'un bien. Nul besoin, en effet, de soulever cette question en dehors de cette hypothèse car « le commerce juridique est un critère de distinction des biens et non pas un critère de distinction des choses non appropriées »¹⁴⁴⁰,

¹⁴³⁵ Voir *infra* n° 490.

¹⁴³⁶ En ce sens, voir J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 233 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 65 s. ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 48 s.

¹⁴³⁷ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 48 : « il s'en déduit, *a contrario*, que les choses qui ne sont pas dans le commerce juridique ne peuvent être vendues et son ainsi évincées du circuit économique. La règle se conçoit aisément : parce que la mise hors du commerce conduit à interdire tous les actes juridiques relatifs à la chose, ceux conclus à titre onéreux – comme la vente ou l'échange – le sont *a fortiori* ». En ce sens, voir également J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁴³⁸ Article 16-1 al. 3 du Code civil.

¹⁴³⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴⁴⁰ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 67.

celles-ci étant par essence exclues du commerce juridique¹⁴⁴¹. Cette dissociation entre la commercialité et la patrimonialité se retrouve en droit pénal, lequel aborde la propriété comme une valeur sociale portant sur tout bien, indépendamment de sa valeur économique.

485. L'indifférence du droit pénal au critère économique du bien – Le droit pénal se refuse à appréhender le patrimoine comme un décalque de la conception civiliste dite classique. En effet, R. OLLARD démontre que la sanction pénale ne porte pas sur l'atteinte causée à une universalité de droit, ni à une universalité de fait¹⁴⁴², mais à des biens envisagés individuellement. « Ainsi ne vole-t-on pas une succession en soi, mais seulement les biens, isolément envisagés, qui la composent »¹⁴⁴³. En outre, l'argument qui consiste à faire reposer l'atteinte à une valeur sociale protégée sur la survenance d'un préjudice n'explique pas que l'infraction de vol, par exemple, puisse être constituée alors que la valeur économique de la chose d'autrui est parfois tellement faible qu'elle est nulle. Se ralliant à la doctrine majoritaire, R. OLLARD explique en effet que la soustraction d'une lettre missive constitue un vol¹⁴⁴⁴ alors qu'elle n'a pas de valeur vénale, tout comme sa conservation est constitutive de l'infraction de recel¹⁴⁴⁵. Si ces infractions portent sur la « chose d'autrui » ou la chose qui provient d'un crime ou d'un délit, la dimension économique de l'objet de l'infraction n'entre pas en considération¹⁴⁴⁶. De même, l'escroquerie peut porter sur des bulletins de vote¹⁴⁴⁷. La jurisprudence considère en effet que « peu importe que l'objet ait ou non une valeur vénale [...]. Il suffit que l'objet fasse partie du patrimoine d'autrui »¹⁴⁴⁸. Le bien n'a pas à être doté d'une valeur marchande pour que l'infraction soit constituée et la remise n'a pas à s'accompagner d'un préjudice économique. En ce sens, V. MALABAT explique que « l'argument tiré du mot bien comme ne désignant que les choses d'une certaine valeur par

¹⁴⁴¹ En ce sens, voir J.-CH. GALLOUX, « Réflexion sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers du droit*, 1989, n° 4, p. 1011 s., spéc. p. 1015.

¹⁴⁴² *Contra*, voir L. BESOMBES, *Le patrimoine d'origine criminelle*, *op. cit.*, p. 39 s.

¹⁴⁴³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁴⁴ Voir par exemple Cass. crim. 19 juin 1975 ; RSC 1976 p. 124 obs. BOUZAT.

¹⁴⁴⁵ Voir par exemple Cass. crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349 ; M. DAURY-FAUVEAU, « Recel de vol : notion de chose abandonnée et élément moral du recel », *JCP G* 2005, n° 47, II 10162.

¹⁴⁴⁶ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁴⁷ Cass. crim. 14 mars 1878, *Bull. crim.* n° 69 ; *D.* 1878, 1, p. 397. Il est vrai que, comme le relève R. OLLARD, l'ancien article 405 du Code pénal réprimant l'escroquerie utilisait le terme de « meubles », mais la doctrine s'accorde en effet sur le fait qu'à la lecture de l'article 516 du Code civil, ils constituaient en réalité des biens. Par ailleurs, le champ de l'escroquerie s'étend désormais aux immeubles, voir Cass. crim. 28 septembre 2016, n° 15-84.485 ; J. GALLOIS, « Escroquerie : un moyen frauduleux peut désormais provoquer la remise d'un immeuble construit », *Dalloz actualité*, 20 septembre 2016.

¹⁴⁴⁸ CA Paris, 21 décembre 1887 ; *Gaz. Trib.* 22 décembre 1887.

rapport à l'emploi du mot chose n'est pas pertinent. Le mot bien désigne en effet non pas les choses dotées d'une valeur marchande, mais les choses appropriables (*les res nullius*) par opposition aux choses non appropriables (*les choses communes*) »¹⁴⁴⁹. L'auteur ajoute que « le résultat est donc établi par une atteinte au droit de propriété, indépendamment de la valeur économique du bien »¹⁴⁵⁰. En outre, si toutefois l'on considère que toute chose a une valeur économique, dans ce cas la soustraction d'une chose inaliénable comme les souvenirs de famille ne saurait porter atteinte à la seule valeur sociale propriété.

Enfin, la qualification de l'infraction ne repose pas sur le degré de dégradation d'un bien. La prise en compte de la valeur économique pourrait en effet conditionner la gravité de la sanction encourue à l'importance de la lésion causée au substrat de la « valeur sociale propriété » ou à la valeur d'un bien soustrait à son propriétaire. Or, que l'auteur dégrade un portail ou un tableau de valeur, la qualification de l'infraction sera identique, la valeur du bien n'étant susceptible d'influer que sur la sanction prononcée.

Au surplus, il est vrai qu'une protection du patrimoine dans sa dimension économique reviendrait à sanctionner davantage l'atteinte à un intérêt privé qu'à une valeur sociale protégée. L'atteinte serait en effet conditionnée et constituée par la lésion d'une valeur dont une personne déterminée est propriétaire¹⁴⁵¹ et non par un trouble à l'ordre public. À l'inverse, la notion de patrimoine détachée de son aspect économique permet de protéger tout bien même ceux ne pouvant pas faire l'objet d'une circulation économique. Autrement dit, dès lors que la chose fait l'objet d'un droit patrimonial celui-ci reçoit la protection du droit pénal indépendamment de la survenance d'un préjudice économique¹⁴⁵². Le droit pénal protège la propriété entendue au sens large, comme une valeur dont bénéficie chaque membre de la société indépendamment de la valeur de son bien. Si la commercialité n'est pas assimilée à l'aliénabilité et que le droit de propriété réside dans l'aptitude à l'échange, il est alors possible de s'approprier des biens inaliénables. Dès lors, en droit civil comme en droit pénal, le bien n'a pas à être conçu dans sa

¹⁴⁴⁹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 428.

¹⁴⁵⁰ *Ibidem*. L'auteur fait référence à R. OLLARD, lequel considère que les infractions d'appropriations frauduleuses répriment avant tout une atteinte au droit de propriété, voir R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 98. Contra, voir M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, op. cit., p. 164 : selon l'auteur le terme de « bien » « n'est pas nécessairement corporel, mais il doit nécessairement avoir une valeur vénale », car il remplace celui de meuble.

¹⁴⁵¹ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 25. Voir également J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 75 ; Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », art. préc.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 23.

dimension économique et aliénable, en réalité réductrice. Autrement dit, le droit pénal ne doit s'intéresser qu'à l'appropriation comme critère d'identification du bien¹⁴⁵³.

Les développements précédents ont démontré que dans une acception classique, les biens doivent être susceptibles de faire l'objet d'une évaluation économique pour être qualifiés comme tels. L'appropriation est en effet assimilée à l'aliénabilité et, de ce fait, à la patrimonialité. En réalité, un bien peut être dans le commerce tout en n'étant pas susceptible d'aliénation, et l'appropriation peut alors reposer uniquement sur la circulation juridique du bien.

B. La prise en compte de l'échange juridique du bien

486. L'appropriation d'un bien disponible – Il a été démontré que les choses dans le commerce comportaient un volet économique, qui n'a donc pas à être un critère déterminant de l'appropriation, et un volet juridique, qui se traduit par les conventions à titre onéreux dont ils font l'objet. Or, puisque le droit pénal se montre indifférent au critère de la valeur économique du bien, il reste alors à déterminer si la circulation juridique d'une chose suffit à lui conférer le statut de support de la « valeur sociale propriété ». L'appropriation d'un bien résiderait alors essentiellement en son caractère disponible, ce à quoi il faudra ajouter les limites pouvant être apportées par la loi, que les développements précédents ont commencé à dessiner. En outre la notion de circulation juridique doit être précisée. Il n'est effet pas acquis que la chose doive circuler effectivement pour être appropriée, peut-être une aptitude à circuler suffit-elle.

487. Annonce de plan - À l'analyse de ces dispositions, il ressort que la commercialité est déterminée par les limites imposées par la loi ou la jurisprudence donc la circulation du bien est limitée (1). Ensuite, l'analyse des incriminations dont la *ratio legis* réside dans la propriété révélera que l'appropriation du bien doit être effective pour que l'infraction soit constituée (2).

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p. 181.

1) *La circulation limitée du bien*

Au regard de la capacité de la personne juridique à disposer, la loi fait écho à la nécessité du commerce juridique en permettant aux choses d'être par principe disponibles **(a)**, mais cette libre disposition connaît des limites **(b)**.

a) La libre disposition de principe des choses dans le commerce juridique

488. L'abrogation de l'article 1128 du Code civil – La disponibilité des biens reposait sur la distinction des choses dans le commerce et des choses hors du commerce, que l'on fondait sur l'article 1128 du Code civil. Antérieurement à son abrogation, cet article disposait qu'« il n'y a que les choses dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ». J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET ont défini cette disposition comme l'affirmation d'une « restriction apportée par le droit à l'emprise du contrat pour certaines choses qui ont soustraites à la circulation juridique entre les personnes »¹⁴⁵⁴. Selon les auteurs, il s'agissait d'une référence essentielle de tout ce qui se rapporte à la licéité de l'objet, à ceci près que la chose hors du commerce n'est pas une chose illicite en soi mais par l'effet de la loi¹⁴⁵⁵. Ces dispositions revêtaient toutefois un caractère incertain, notamment en ce que le législateur n'avait pas précisé s'il s'agissait d'un commerce de nature juridique ou économique, ni donné une indication de ce que pouvaient être ces choses hors du commerce.

Cette abrogation a été critiquée notamment par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET¹⁴⁵⁶, au regard du projet de réforme du droit des contrats, dont les dispositions sont entrées en vigueur. En effet, il est vrai que l'abandon de la notion de chose hors commerce induit que le contrôle de la licéité de l'objet, on le verra, ne peut s'effectuer qu'au regard de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Les auteurs déplorent alors que le fait que le juge devra analyser la licéité de l'objet sans disposer de règles définissant les conditions de licéité du contrat par son objet¹⁴⁵⁷. Désormais, en l'absence d'un article spécifique à cette question, seules subsisteront des dispositions éparses qui permettront de définir les limites

¹⁴⁵⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 209.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 204 et p. 210 s.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 207 s.

¹⁴⁵⁷ *Ibidem.*

imposées à la commercialité d'un bien dans le respect, notamment, du nouvel article 1162 du Code civil, lequel dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Les choses sont alors disponibles par principe et la loi vient apporter, on le verra, des limites à cette disposition. Ces limites prendront différentes formes et trouveront leur source dans différentes causes mais elles ne tiennent pas tant à la nature de la chose qu'à la loi ou à la jurisprudence¹⁴⁵⁸. Il est vrai que l'extra-commercialité permettait d'identifier les choses devant être soustraites aux règles régissant la circulation des autres biens mais, pour autant, rien n'empêche que ces limites soient suffisantes voire réduisent les sources de contradictions issues de l'ancien article 1128 du Code civil. Les juges ne disposent donc pas, certes, de règles leur permettant de distinguer les contrats illicites au regard de leur objet mais pour autant les outils dont ils disposent permettent, du moins s'agissant du corps humain, d'isoler les conventions dont il ne peut faire l'objet. S'agissant du corps humain, si l'article 1128 du Code civil constituait « une sorte de remède anti-contractuel contre les tentations d'en disposer », d'une part le corps humain est entré dans le commerce depuis longtemps¹⁴⁵⁹ et, d'autre part, il sera démontré que les règles dont il fait l'objet, et notamment le principe de non-patrimonialité du corps humain, permettent d'encadrer l'utilisation qui en est faite et ce sans outrepasser la volonté du législateur.

À la lecture de ces dispositions, il semblerait que l'abrogation de l'article 1128 du Code civil ne porte donc pas préjudice à l'identification des choses hors commerce. Dans une conception exempte d'appropriation cet ancien article revenait à une tautologie. Il précisait en effet que toute chose dans le commerce, donc toute chose pouvant l'objet de conventions à titre gratuit, pouvait faire l'objet de conventions, elles-mêmes à titre gratuit puisque l'article visait des choses dans le commerce. En d'autres termes, il est préférable d'admettre une libre disposition de principe, limitée de façon plus ou moins importante.

¹⁴⁵⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 230 : « ce n'est pas, en effet, une certaine nature des choses qui fait obstacle à leur commerce dans la mesure où, par nature, les choses appropriées sont au pouvoir de ceux qui les possèdent. Ce n'est que par détermination de la loi que les choses se trouvent mises au ban du commerce parce que leur commerce n'est pas souhaitable sans qu'il soit, pour autant, impossible ».

¹⁴⁵⁹ G. LOISEAU, « L'homme construit : politique juridique et logique scientifique », in *Science et politique : les liaisons dangereuses*, Romillat, 2003, p. 223 s.

b) Les limites légales et jurisprudentielles

489. L'extra-commercialité absolue – Si certaines choses sont dotées d'une « commercialité parfaite »¹⁴⁶⁰ car elles peuvent faire l'objet de conventions à titre onéreux, d'autres se caractérisent par une extra-commercialité absolue¹⁴⁶¹ car elles ne peuvent faire l'objet d'aucun acte de gestion, d'administration ou de disposition. Ces exemples, assez rares, se justifient par la volonté du législateur « de faire obstacle à la volonté d'en disposer en raison du danger qu'elle(s) présent(ent) pour les personnes et qui commande qu'elle(s) soi(ent) soustraite(s) à la circulation juridique »¹⁴⁶². Sont notamment visées les substances et préparations dangereuses pour les travailleurs¹⁴⁶³, les produits contenant de l'amiante¹⁴⁶⁴ ou encore l'absinthe¹⁴⁶⁵. Toutefois, cette extra-commercialité absolue est à nuancer car si ces choses ne circulent pas, ce n'est pas tant du fait de leurs caractéristiques intrinsèques que d'une interdiction légale, qui entraîne par ailleurs l'illicéité du contrat dont la chose fait l'objet¹⁴⁶⁶. Cela n'impliquerait donc pas l'absence d'un pouvoir de disposition sur cette chose mais une circulation impossible. Toutefois, on le verra, il est possible de les considérer, du fait de cet obstacle, comme des choses inappropriables. De façon plus nuancée, certaines choses peuvent être appropriées mais le propriétaire ne pourra les faire circuler que dans une certaine mesure.

490. La distinction entre le commerce juridique et le commerce économique – La confusion parfois opérée entre commercialité et patrimonialité rend inappropriables les choses hors du commerce économique. Il a néanmoins été démontré que l'appropriation trouve ses origines dans la disponibilité du bien et s'exerce dans la limite de ce que le législateur interdit. Or, de ce qui précède, l'autorisation d'échanger repose en réalité sur une commercialité comportant plusieurs degrés. G. LOISEAU distingue ainsi les choses qui sont hors du marché de

¹⁴⁶⁰ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 66.

¹⁴⁶¹ W. DROSS, *Les choses*, op. cit., p. 604 : « Dans un sens élargi le commerce s'apparente à l'échange des biens en général, autrement dit à la circulation entre les hommes, ce qui inclut alors leur cession à titre gratuit. Agrandissant encore le cercle, l'extra-commercialité peut être assimilée à l'indisponibilité ».

¹⁴⁶² G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 50. Voir également W. DROSS, *Les choses*, op. cit., p. 616.

¹⁴⁶³ Article L. 231-7 du Code du travail.

¹⁴⁶⁴ Décret n° 88-466 du 28 avril 1988 relatif aux produits contenant de l'amiante, JO du 30 avril 1988.

¹⁴⁶⁵ Article L. 3322-4 du CSP. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, op. cit., p. 247. Les auteurs incluent ces choses frappées d'une extra-commercialité absolue dans la catégorie des choses exclues du commerce en raison de leur dangerosité, auparavant développée par G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 50.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, voir J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, op. cit., p. 204 et p. 210.

celles qui sont hors du commerce juridique, ce qui explique que certaines choses indisponibles peuvent être cédées à titre gratuit. « Certaines choses peuvent en effet être soustraites aux rapports marchands sans échapper, de façon générale, au commerce juridique dès lors qu'il est possible d'en disposer à titre gratuit »¹⁴⁶⁷. La commercialité s'entend donc d'un bien susceptible de faire l'objet de conventions à titre onéreux (commerce économique) ou d'une chose pouvant faire l'objet de conventions à titre gratuit (commerce juridique). Autrement dit, les choses qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une convention à titre gratuit sont hors du commerce juridique et ne peuvent, par conséquent, faire l'objet d'une appropriation. À l'inverse, les choses dans le commerce économique (et par définition juridique) peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et revêtir la qualité de biens patrimoniaux¹⁴⁶⁸. Une chose peut donc être un bien alors même qu'elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention à titre onéreux. En outre, cette qualification ne l'érige pas *ipso facto* en une composante du patrimoine car il existe des biens extrapatrimoniaux.

Comme le prévoient J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET¹⁴⁶⁹, le juge peut donc toujours faire appel aux règles relatives aux contrats spéciaux donc le spectre de l'article 1128 du Code civil demeure. Ainsi, la convention à titre onéreux par excellence, la vente, est régie par l'article 1598 du Code civil, qui dispose que « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». De même, seuls les

¹⁴⁶⁷ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 49.

¹⁴⁶⁸ G. LOISEAU distingue ainsi deux catégories de choses hors du commerce, celles qui le sont par nature à l'instar des *res communes*, et celles qui le sont par destination. L'auteur explique en effet que « dans tous les cas où elle [l'extracommercialité] ne procède pas de la nature même de la chose, de son appropriabilité ou de sa dangerosité, l'extracommercialité paraît dictée par sa destination particulière, à savoir par son affectation à une collectivité ou à une personne déterminée ». L'auteur explique par exemple que si les souvenirs de famille sont hors commerce, c'est pour préserver l'affectation à la famille. L'extra-commercialité joue alors un rôle protecteur, la chose est affectée à une destination particulière et la loi s'assure que rien ne vient modifier cette trajectoire. En conséquence, l'auteur fait de l'affectation « un critère d'extracommercialité justifiant, pour sa garantie, que la chose ne puisse librement circuler », *ibid.*, spéc. p. 51. Voir également J.-CH. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », art. préc., spéc. p. 1016 ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, p. 214 s. ; R. BÉRAUD, « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron. p. 187 s. *Contra*, sur les *res communes*, voir F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 67 : « le commerce juridique est un critère de distinction des biens et non pas un critère de distinction des choses non appropriées. Ce dernier critère ne présenterait aucune utilité car les choses non appropriées sont, par définition, étrangères au commerce juridique, faute d'être soumises au pouvoir dont procède l'activité juridique, la propriété. L'extra-commercialité des choses communes et des choses sans maître est un faux problème ». Il est à noter que cette extra-commercialité n'est pas absolue, puisque si les souvenirs de famille sont affectés à la famille, ils sont transmissibles à cause de mort et circulent donc juridiquement. Il en va de même pour les sépultures qui, bien qu'étant extra-patrimoniales, font l'objet d'actes juridiques, voir A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, *op. cit.*, 2016.

¹⁴⁶⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 207 s.

biens dans le commerce peuvent faire l'objet d'une hypothèque¹⁴⁷⁰ ou d'un prêt à usage¹⁴⁷¹. A *contrario*, certaines choses ne peuvent donc pas faire l'objet de ces actes et sont hors du commerce économique. De nombreuses choses voient leur disposition limitée par une interdiction d'entrer dans le commerce économique, soit de faire l'objet de conventions à titre onéreux, qu'il faut distinguer du commerce juridique, soit la possibilité de faire l'objet de conventions à titre gratuit.

Parmi les choses frappées d'une extra-commercialité absolue et les choses circulant dans le commerce économique se trouve une catégorie intermédiaire, qui contient les choses à commercialité limitée¹⁴⁷². Tout acte de disposition n'est pas interdit car, par exemple, les animaux atteints de maladie contagieuse ne peuvent être vendus mais leur propriétaire peut s'en dessaisir dans le respect des dispositions réglementaires¹⁴⁷³. En conséquence, cela ne signifie pas que ces choses sont hors commerce puisqu'elles peuvent être données, mais qu'elles sont à commercialité limitée, du fait, dans cette hypothèse, des dispositions de l'article 1598 du Code civil. Il s'agit d'une chose dans le commerce mais dont la loi prohibe la vente. Dans cette catégorie se trouvent également les marchandises contrefaites, les stupéfiants, ou encore les dessins et modèles. De même, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET classent dans les biens hors commerce les sépultures, les souvenirs de famille, les droits attachés à la personne, l'état des personnes et les biens contrefaisants¹⁴⁷⁴. Leur extra-commercialité n'est pourtant pas absolue car les sépultures font l'objet d'actes juridiques, comme les testaments ou les donations, et « seuls les actes à titre onéreux dont ces biens peuvent être l'objet sont rigoureusement interdits »¹⁴⁷⁵. Les tombeaux et sépultures sont en réalité hors du commerce économique car ils

¹⁴⁷⁰ Article 2397 1° du Code civil.

¹⁴⁷¹ Article 1878 du Code civil.

¹⁴⁷² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.*, p. 24 s. ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 50.

¹⁴⁷³ Article L. 240 du Code rural.

¹⁴⁷⁴ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 68 s.

¹⁴⁷⁵ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 49. *Contra*, voir W. DROSS, *Les choses*, *op. cit.*, p. 616 : « on ne saurait tirer argument du fait que la jurisprudence autorise la conclusion de certains actes juridiques relativement aux sépultures [...] pour en déduire qu'elles sont dans le commerce au sens où elles peuvent faire l'objet de conventions. En effet, ces actes s'analysent non pas comme l'exercice d'un pouvoir de disposition classique mais comme des actes de gestion de la chose collectivement appropriée par celui qui a la charge de sa conservation et de son administration ». Sur ces jurisprudences citées par l'auteur, voir Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1973, n° 71-11.419 ; *JCP G* 1973, II 17420 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, n° 97-13.910 ; G. LOISEAU, « L'hypertrophie de la notion de chose hors du commerce », *JCP G* 1999, I 191 : « si le droit à la sépulture est hors du commerce, aucune disposition légale n'interdit au bénéficiaire de ce droit de la transmettre à d'autres membres de la famille ».

ne peuvent faire l'objet de conventions à titre onéreux¹⁴⁷⁶, mais ils peuvent faire l'objet d'actes à titre gratuit comme une renonciation, un legs ou une donation¹⁴⁷⁷. Leur extra-commercialité provient du fait que tout en étant appropriés, ces biens comportent par exemple des liens indissociables d'avec la personne, tels les souvenirs de famille, et sont de ce fait « inaliénables, impartageables et insaisissables »¹⁴⁷⁸. Biens qu'elles soient soumises à un régime différent, ces choses ont en commun d'être disponibles. Or, « la disponibilité des biens est la condition du commerce juridique, car, sans elle, celui-ci ne peut exister »¹⁴⁷⁹.

Le bien est donc une chose qui circule à tout le moins juridiquement et qui a fait l'objet d'une appropriation effective. Cette définition conforte l'idée selon laquelle l'ancien article 1128 du Code civil n'était pas indispensable à l'identification des choses hors commerce. Parmi les rares auteurs qui se sont intéressés à l'abrogation de cet article¹⁴⁸⁰, la réforme de certains points cruciaux du droit des contrats ayant éclipsé cette question, F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE démontrent que « dans son lien avec le droit du vivant, ce départ discret mérite d'être signalé, tant il met en évidence le caractère encore incertain des limites à la disponibilité des éléments et produits du corps humain »¹⁴⁸¹. Ce constat quelque peu alarmiste mérite d'être nuancé. Soit les choses ne circulent pas du tout, soit elles circulent de façon limitée. En toute hypothèse, les limites à la disponibilité du corps réifié sont fixées par la loi. Aux termes du nouvel article 1162 du Code civil « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Les conventions passées sur le corps ne peuvent aller à l'encontre des articles 16-1 et suivants du Code civil, ces articles étant d'ordre public. Les dispositions d'ordre public sont renforcées par les restrictions légales qui limitent l'*abusus* du propriétaire sur ces biens, tel que l'article 1598 du Code civil qui autorise la vente

¹⁴⁷⁶ En ce sens, voir par exemple Cass. req. 2 janvier 1894 : « les tombeaux sont en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété et la libre disposition des biens et ne peuvent être considérés comme ayant une valeur appréciable en argent » ; S. 1894, I, p. 315 ; *Gaz. Pal.* 1894, I, jurispr. p. 201.

¹⁴⁷⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités, op. cit.*, p. 234 s. Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1972 ; *D.* 1972, p. 513 s., note R. LINDON.

¹⁴⁷⁸ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 69. Voir par exemple Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1995, n° 93-187.69 ; *D.* 1995, somm. p. 330, obs. Grimaldi.

¹⁴⁷⁹ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 338. Les auteurs emploient le terme de « commerce juridique », car le fait qu'un bien puisse circuler juridiquement suffit à permettre son appropriation, voir *infra* n° 486 s.

¹⁴⁸⁰ F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC* 2016, n° 3, p. 505 s. Voir également J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités, op. cit.*, p. 204 s. ; sur le projet de réforme du droit des contrats et, plus particulièrement, sur la licéité du contrat portant sur les choses hors commerce tels le corps humain ainsi que ses éléments et produits, voir *LPA* 12 février 2009, n° 31, p. 69 s., obs. G. LOISEAU.

¹⁴⁸¹ F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », art. préc., spéc. p. 505.

des choses dans le commerce sauf si la loi l'interdit. Il est vrai que, comme le relèvent les auteurs, la notion d'ordre public est un « standard évolutif », qui comporte par définition des incertitudes. Toutefois, le corps procure des utilités par essence évolutives, ce qui contraint le législateur à s'adapter. Il reste alors à déterminer comment le droit pénal aborde la commercialité des choses.

491. La souplesse du droit pénal dans la détermination des choses hors du commerce – À l'analyse de la jurisprudence, le droit pénal fait preuve de souplesse dans l'appréciation de la commercialité de l'objet. Dans l'hypothèse d'une soustraction de stupéfiants, ces biens revêtent un caractère illicite donc l'infraction de vol semble difficilement concevable. Pourtant, la Cour de cassation a jugé que « la circonstance que la chose qui aurait été soustraite serait une marchandise illicite et hors commerce, est sans influence sur la qualification de vol »¹⁴⁸². Comme le déduit D. AUGER, si le vol est caractérisé alors l'objet était préalablement approprié¹⁴⁸³. Or, les stupéfiants entrent dans la catégorie de ce que G. LOISEAU qualifie de « choses dangereuses à commercialité limitée »¹⁴⁸⁴ et font partie de la catégorie des « choses hors du commerce par nature »¹⁴⁸⁵. L'auteur explique que ces choses « ne sont cependant que partiellement retirées de la circulation juridique et conservent une commercialité limitée »¹⁴⁸⁶. Ainsi, les stupéfiants sont en principe interdits mais peuvent circuler sur prescription médicale et, partant, être appropriés. D. AUGER considère que le droit pénal se préoccupe moins de l'appropriation que du trouble causé à l'ordre public¹⁴⁸⁷, « identiquement constitué que la chose soit dans le commerce ou qu'elle en soit exclue ». L'auteur souligne en effet le paradoxe qui surgirait dans le cas contraire car les actes commis à l'encontre d'une chose hors du commerce ne pourraient être réprimés. Les objets de contrefaçon font quant à eux l'objet d'une destruction obligatoire aux frais du contrevenant, ce qui interroge par ailleurs sur leur qualification juridique¹⁴⁸⁸. Une chose qui soit voit frappée par définition d'une interdiction absolue de circulation juridique peut-elle être considérée comme un bien ? Le fait qu'elle ait été appropriée conduit à répondre par la positive et l'obligation de destruction

¹⁴⁸² Cass. crim. 5 novembre 1985, n° 85-94.640.

¹⁴⁸³ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, op. cit., p. 93.

¹⁴⁸⁴ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 50 s.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, spéc. p. 49 s.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, spéc. p. 51 s.

¹⁴⁸⁷ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, op. cit., p. 92.

¹⁴⁸⁸ Pour les déchets anatomiques, qui font l'objet d'une obligation de destruction, voir *infra* n° 513.

pourrait s'apparenter à une expropriation. Le propriétaire se voit contraint de perdre son droit de propriété contre sa volonté, à la faveur d'un intérêt supérieur.

R. OLLARD présente cette analyse comme la « protection uniforme du droit de propriété » car, « que les textes d'incrimination visent une “chose” ou un “bien” en tant qu'objet des infractions contre la propriété, l'appropriation constitue le critère d'intervention du droit pénal »¹⁴⁸⁹. Dès lors que le bien circule juridiquement, les atteintes qui lui sont portées entrent dans la sphère d'intervention du droit pénal. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que le bien entre dans le patrimoine de la personne, en ce sens qu'il n'a pas à être cessible, transmissible ni saisissable. Le bien n'a pas non plus à être susceptible d'une évaluation économique et, partant, un rapport d'appropriation suffit. Une partie de la doctrine civiliste et pénaliste s'accorde donc à affirmer que « les choses ne sont donc des biens qu'en tant qu'elles sont objet de droit de propriété puisque c'est ce droit qui exprime le pouvoir d'une personne sur une chose »¹⁴⁹⁰.

Il faut toutefois préciser le degré de ce rapport d'appropriation. En effet, même s'il a été démontré que la circulation de la chose dans le commerce juridique suffit à lui appliquer la qualification de bien, il n'est pas acquis que cette aptitude à l'échange juridique doive être exercée ni même exerçable.

2) *L'appropriation effective du bien*

492. L'ambivalence du critère de l'appropriation – Nombre d'auteurs considèrent que l'appropriation est le critère principal d'identification du bien, conception à laquelle cette étude se rallie. La doctrine civiliste et pénaliste s'interroge toutefois sur la puissance du lien qui existe entre le propriétaire et son bien. Plus précisément, elle s'interroge sur le point de savoir si la chose doit être effectivement appropriée ou seulement susceptible d'appropriation pour devenir un bien. PH. MALAURIE et L. AYNES considèrent par exemple que « seules les choses susceptibles d'appropriation constituent des biens »¹⁴⁹¹. À l'inverse, d'autres auteurs estiment

¹⁴⁸⁹ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 190.

¹⁴⁹⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1995, n° 1, cité par R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 191.

¹⁴⁹¹ PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, op. cit., p. 69. En ce sens, voir également N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., p. 20 : « les choses deviennent des biens dès lors qu'elles sont susceptibles d'appropriation privée ».

que les *res nullius* ont par exemple « vocation à être des biens, mais [qui] ne le sont pas, faute de propriétaire. [...] la situation de chose sans propriétaire est provisoire ; la chose peut être acquise par quelqu'un et donc (re)devenir un bien de différentes manières »¹⁴⁹². Ce point interroge également lorsqu'il s'agit de définir le bien en droit pénal.

493. L'appropriation, critère d'identification des choses et des biens en droit pénal – En matière pénale, certaines infractions comme le vol supposent, pour être constituées, l'appropriation effective de la chose d'autrui¹⁴⁹³. La qualité du bien dépend de l'infraction réalisée. La distinction entre les *res communes* et les *res nullius* va en ce sens, car tandis que les premières ne peuvent faire l'objet d'une appropriation, les secondes sont des choses qui ont vocation à devenir des biens¹⁴⁹⁴ dès qu'elles feront l'objet d'un droit de propriété. La soustraction d'une chose qu'autrui pourrait potentiellement s'approprier ne peut être constitutive d'un vol, tout comme le fait de voler sa propre chose. De même, une chose perdue

¹⁴⁹² F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 51. Voir également en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1595 : « Toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose ».

¹⁴⁹³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, p. 195 s. L'auteur souligne par ailleurs que « le fait que le droit pénal, faisant parfois œuvre autonomiste, s'écarte ponctuellement des règles civilistes d'identification du propriétaire pour retenir ses propres critères de l'appropriation n'y change rien : l'appropriation, demeure le critère de l'intervention de la loi pénale en matière de vol ». L'auteur s'appuie sur S. ROYANT, *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse, Montpellier, 2002, n° 80 s. Plus largement, voir D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, *op. cit.*, spéc. p. 122 s. : « dans les différents crimes et délits commis contre les biens, le droit de propriété ne change pas de titulaire. [...] l'« appropriation » visée par le Code pénal dans le Titre I du Livre III, ne doit pas être entendue dans le sens d'acquisition de la propriété mais davantage comme le fait pour l'auteur d'une infraction pénale de s'arroger les droits du propriétaire, c'est-à-dire de bénéficier des services de la chose sans le consentement du légitime propriétaire. S'approprier la chose d'autrui signifie dès lors, dans la langue du Code pénal, se comporter comme si on était propriétaire de la chose ».

¹⁴⁹⁴ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, p. 192.

peut faire l'objet d'un vol¹⁴⁹⁵, contrairement à la chose volontairement abandonnée¹⁴⁹⁶, laquelle est appropriable. L'appréhension de cette chose doit par ailleurs être qualifiée d'appropriation par occupation ce qui, comme le souligne J. DUBARRY, exclut nécessairement la qualification de vol, cette infraction faisant obstacle à ce que l'auteur devienne propriétaire¹⁴⁹⁷. Enfin, il est à noter que l'identité du propriétaire importe peu, seule suffit l'appropriation effective du bien. Pour reprendre les propos de V. MALABAT au sujet du vol, « la chose doit [ensuite] appartenir à autrui mais cet autrui n'a pas à être identifié. Il suffit donc de prouver que la chose n'appartient pas à l'auteur et qu'elle est appropriée pour caractériser cet élément »¹⁴⁹⁸. Il en va de même pour les infractions relatives à la dégradation, destruction et détérioration du bien, les incriminations portant sur les biens « appartenant à autrui »¹⁴⁹⁹.

Certaines incriminations sont interprétées différemment par la Cour de cassation, qui considère que « peut faire l'objet d'un abus de confiance tout bien susceptible d'appropriation »¹⁵⁰⁰. Il faut toutefois se garder d'y voir une règle générale car, comme le relève

¹⁴⁹⁵ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 194. Cass. crim. 31 mai 1978, RSC 1979, p. 337, obs. P. BOUZAT.

¹⁴⁹⁶ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 194. En ce sens, voir également R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 194. Voir par exemple CA Paris, 26 avril 1990, JurisData n° 04-2270 ; *Droit pénal*, décembre 1990, comm. n° 322, obs. M. VERON ; Cass. crim. 15 décembre 2015, n° 14-84.906 (appropriation, par une salariée d'un magasin, de denrées alimentaires destinées à être jetées, au mépris du règlement intérieur) ; S. FOURNIER, « Vol : exclusion des objets abandonnés », *RPDP* 2016, p. 115 s., spéc. p. 116 : l'auteur relève que les choses sans maître ne peuvent faire l'objet d'un vol. « lorsque le propriétaire a abandonné son bien et renoncé à sa propriété, il ne peut y avoir vol de la part de celui qui en profite pour s'en emparer, quand bien même cette dernière personne semblerait agir, ce faisant, au mépris de ses obligations ». Comp. Cass. crim. 10 mai 2005, arrêt préc. (vol de documents de la part d'un salarié qui a fouillé dans une poubelle), la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision de condamnation de la cour d'appel en se remettant au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, n'exerçant pas son contrôle sur une question de droit. Or, ceux-ci n'ont que très peu prêté attention à la question de l'abandon de la chose : « Attendu que [...] l'arrêt énonce que l'auteur non identifié du vol "a eu l'intention arrêtée de s'approprier des chutes de la lettre à l'insu de leur légitime propriétaire qui n'a aucunement consenti par avance de façon implicite à ce qu'elles soient interceptées et subtilisées par des mains non autorisées » ; G. BEAUSSONIE, « Vers un retour du "bon juge" en droit pénal ? À propos de l'absence de sanction d'une soustraction de produits périmés », *D.* 2016, p. 644 s. ; *AJ Pénal* 2016, p. 270, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE. Voir également J. DUBARRY, « Les pénalistes parlent-ils la même langue que les civilistes ? Regards croisés sur la chose et le bien », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p. 167 s., spéc. p. 173.

¹⁴⁹⁷ J. DUBARRY, « Les pénalistes parlent-ils la même langue que les civilistes ? Regards croisés sur la chose et le bien », art. préc., spéc. p. 173. L'auteur appuie son raisonnement en arguant du fait que l'article 2277 du Code civil, qui permet à la victime d'un vol de revendiquer la chose pendant trois ans, fait obstacle à ce que le voleur devienne propriétaire, puisqu'il est exposé à cette action. En ce sens, voir Cass. crim. 12 mai 2015, n° 13-87.668 ; *AJ Pénal* 2015, p. 369 s., obs. G. BEAUSSONIE ; J. CASEY, « Le cas du coïndivisaire voleur de la chose indivise... », *AJ famille* 2015, p. 406 s., note sous arrêt.

¹⁴⁹⁸ Voir par exemple Cass. crim. 27 avril 1966 ; *D.* 1966, jurispr. p. 489. D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, op. cit., p. 194 ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 194.

¹⁴⁹⁹ Articles 322-1, 322-5 et 322-6 du Code pénal.

¹⁵⁰⁰ Cass. crim. 16 décembre 2015, arrêt préc. ; Cass. crim. 22 mars 2017, n° 15-85.929 ; G. BEAUSSONIE, « Précisions sur l'abus de confiance portant sur la clientèle d'autrui », *AJ pénal* 2017, p. 232 s., note sous arrêt ; PH. CONTE, *Droit pénal*, mai 2017, comm. n° 70.

PH. CONTE, cette jurisprudence provient notamment du fait que la chambre criminelle voit en la détention précaire une appropriation au sens du droit civil¹⁵⁰¹. L'escroquerie porte quant à elle sur des fonds, valeurs ou biens quelconques. La jurisprudence considère que cette infraction entraîne une atteinte au « patrimoine d'autrui »¹⁵⁰², précision dont on peut déduire l'exigence d'une appropriation effective du bien¹⁵⁰³. L'appropriation du bien confère alors au propriétaire une maîtrise absolue, exclusive et perpétuelle sur son bien.

S'inspirant du droit civil, le droit pénal appréhende donc le bien ou la chose corporels comme des choses effectivement appropriées, celles-ci devant faire partie du commerce juridique. Au regard de ces développements, le bien perçu comme une chose susceptible d'évaluation monétaire conditionne son appropriation à son caractère économique. Cela entraîne une confusion regrettable entre la commercialité d'un bien et son aliénabilité alors qu'en réalité, si la patrimonialité induit la commercialité la réciproque n'est pas vraie. Le bien est donc une chose qui circule juridiquement et qui fait l'objet d'une appropriation effective.

Le pouvoir de disposer du propriétaire doit s'exercer sur un bien disponible, soit un bien qui circule dans le commerce. T. LAHALLE présente la notion de disponibilité comme « la qualité de ce qui est libre ou vacant, que nous pouvons saisir et/ou prendre »¹⁵⁰⁴. Sous l'empire de l'ancien article 1128 du Code civil, seules les choses dans le commerce pouvaient faire l'objet de conventions. L'abrogation de cet article par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹⁵⁰⁵ conduit à se fonder sur d'autres articles du Code civil. La

¹⁵⁰¹ Ph. CONTE, *Droit pénal*, mai 2017, comm. 70. Voir par exemple Cass. crim. 3 février 2016, n° 14-83.427 ; Ph. CONTE, *Droit pénal*, mai 2016, comm. 72.

¹⁵⁰² Trib. corr. Toulouse, 5 octobre 2004 ; *D.* 2005, p. 243.

¹⁵⁰³ Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 423 : « L'escroquerie étant principalement une infraction contre le patrimoine, la victime doit remettre un bien n'appartenant pas à l'auteur de la tromperie ». Voir cependant V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 428 : le mot bien désigne en effet non pas les choses dotées d'une valeur marchande, mais les choses appropriables (*les res nullius*) par opposition aux choses non appropriables (*les choses communes*) ».

¹⁵⁰⁴ T. LAHALLE, *La qualification juridique du corps humain*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁰⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* du 11 février 2016. L'article 1128 du Code civil a été supprimé suite à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Les auteurs se sont très peu intéressés à la question, voir cependant J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, *op. cit.* ; F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », art. préc., spéc. p. 506 : « Son esprit survit à travers le nouvel article 1102, qui fera écho à l'inchangé article 6 ». « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » ; R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18 s. Voir également, sur le projet de réforme du droit des contrats et, plus particulièrement, sur la licéité du contrat portant sur les choses hors commerce tels le corps humain ainsi que ses éléments et produits, *LPA* 12 février 2009, n° 31, p. 69 s., obs. G. LOISEAU.

manière dont le propriétaire va pouvoir faire circuler son bien dépend alors des caractéristiques de ce bien.

494. Conclusion de la Section 1 – Afin de déterminer si le corps réifié est un bien il faut déterminer dans quelle mesure une chose devient un bien. Le droit pénal aborde les termes de bien et de chose comme des synonymes, en ce sens qu'ils doivent revêtir les mêmes caractéristiques pour entrer dans la sphère du droit pénal des biens¹⁵⁰⁶. La relation du propriétaire à son bien a été étudiée au regard de son pouvoir de disposer d'un bien, qui lui confère ensuite des prérogatives sur son bien. L'appropriation repose quant à elle sur les caractéristiques que doit revêtir une chose pour devenir un bien. La personne juridique a la capacité de s'approprier toute chose qui est disponible, c'est-à-dire toute chose qui circule dans le commerce, et c'est parce qu'elle circule et qu'elle est utile à son propriétaire qu'elle est un bien. Il existe donc un principe de libre disposition des biens, leur commercialité étant limitée par des dispositions légales. Précisément, la commercialité s'entend d'une aptitude de la chose à l'échange juridique, soit la capacité de faire l'objet de conventions à titre gratuit, qui se distingue de l'échange économique, c'est-à-dire la capacité à faire l'objet de conventions à titre onéreux. En effet, une conception économique du bien le rattache à la notion d'aliénabilité entendue au sens onéreux, elle-même étant une caractéristique des biens patrimoniaux. Or, il a été démontré qu'en droit civil comme en droit pénal une chose peut être un bien même si elle n'a pas de valeur économique, et la qualification des infractions contre les biens ne dépend pas de cette valeur, notamment car la répression du trouble à l'ordre public ne repose pas sur un préjudice subi par un particulier. Les choses sont donc dans le commerce mais leur libre disposition est limitée par la loi. Par exemple, certaines choses dans le commerce juridique ne peuvent être vendues. Le bien est donc toute chose qu'il est utile de s'approprier, pouvant faire l'objet de conventions à titre gratuit et qui connaît des degrés de commercialité différents, allant de l'obligation de destruction¹⁵⁰⁷ jusqu'à l'aliénation.

Si l'identité du propriétaire est sans incidence sur la qualification de l'infraction il est nécessaire, en revanche, que le bien soit effectivement approprié. Parmi les *res nullius* (choses sans maître), les *res derelictae* (choses abandonnées) et les *res communes* (choses communes), seules les deux premières pourront alors faire l'objet d'une appropriation, ce qui amènera par

¹⁵⁰⁶ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 178 s. En ce sens, voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit.

¹⁵⁰⁷ Par exemple les déchets opératoires, voir *infra* n° 513.

exemple à s'interroger sur le statut des déchets opératoires ou encore des membres amputés en dehors de toute activité médicale. Afin de constituer un support de la « valeur sociale propriété » et de se voir appliquer le droit pénal des biens, le bien meuble corporel doit donc faire l'objet de conventions à titre gratuit et d'une appropriation effective.

En conséquence, si le droit pénal n'intervenait que lorsqu'un droit patrimonial était lésé l'atteinte au corps réifié ne pourrait déclencher la répression, faute de constituer un bien patrimonial. En revanche, puisque le bien se définit comme une chose pouvant faire l'objet de conventions à titre gratuit et effectivement appropriée, le corps réifié peut être envisagé comme tel. En effet et au vu de cette définition, il ne saurait être déduit de l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil, qui dispose que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial », que ces éléments et produits du corps humain ne sont pas des biens. À ces délicates considérations s'ajoute cependant la spécificité du corps réifié, car l'humanité qu'il véhicule fait de lui un bien particulier.

Section 2 : Le corps réifié, un bien humain

495. Les incertitudes quant à l'appropriation du corps réifié – S'il a été démontré que le corps réifié était une chose ou, à tout le moins, n'était pas la personne, sa qualification de bien reste incertaine. Les progrès scientifiques poussent à s'interroger sur le lien qui unit l'individu à son corps ainsi que sur le statut du cadavre, qui devient parfois une source d'exploitation scientifique. La qualification juridique que revêtent les embryons pouvant faire l'objet d'une destruction, comme d'un projet parental, interroge également. Le corps réifié semble utile à l'homme et certains auteurs, même défavorables à l'idée d'admettre que le corps est dans le commerce, reconnaissent que la commercialité du corps ne peut plus être niée¹⁵⁰⁸. Plus encore, le statut que lui a conféré le législateur en 1994 témoigne d'un glissement du principe d'indisponibilité du corps humain vers sa non-patrimonialité, car seul ce dernier

¹⁵⁰⁸ Voir par exemple M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 42 s. Tout en considérant que l'extra-commercialité juridique induit l'interdiction d'acte à titre onéreux mais également à titre gratuit, l'auteur conclut qu'au vu de tous les actes de disposition dont le corps fait l'objet il est « bel et bien dans le commerce juridique. D'autant que le principe de gratuité n'est pas absolu », spéc. p. 45 et p. 48 : « aussi la réalité est-elle beaucoup plus complexe qu'à lire l'exposé des motifs des projets de loi de 1992 [...] l'éclatement du régime juridique est tel qu'il devient inexact de prétendre que le corps humain est hors du commerce juridique ».

principe est consacré par le législateur¹⁵⁰⁹. Cette circulation juridique suffirait-elle à justifier l'existence d'un droit de propriété sur corps réifié ? Dans l'affirmative, encore faut-il démontrer que ce corps est effectivement approprié pour qu'une atteinte qui lui est portée déclenche l'intervention du droit pénal.

496. L'appropriation d'une chose humaine – En outre, cette appropriation éventuelle porterait sur des objets de droits qui relèvent du vivant ou, plus généralement, de l'humain. La nature humaine du corps justifie la création d'un régime particulièrement restrictif, aux fins de prévenir toute instrumentalisation qu'entraînerait, selon certains, son intégration en droit des biens. L'obstacle à l'appropriation se situe précisément ici car peut-être « la vision d'un monde juridique partagé entre personnes et biens est [-elle] décidément trop étroite, à tout le moins pour certaines choses dont la présence dans ce monde exige qu'elles aient une place à part »¹⁵¹⁰. Tout dépend en réalité de la manière de concevoir le bien. Il n'est pas certain que cette qualification soit défavorable au corps humain, si toutefois elle permet de lui appliquer un régime adapté à sa nature humaine. Si, au contraire, le régime des biens ne peut s'appliquer ni emporter satisfaction, il faudra envisager une catégorie aux confins des personnes et des choses pour concilier humanité et réification.

497. Annonce de plan – Les supports de la « valeur sociale propriété » sont des choses qui ont fait l'objet d'une appropriation. Or, il sera démontré que le corps réifié est un objet de droits (§1), dont les titulaires seront identifiés. Il peut alors se voir conférer la qualification juridique de bien, avec cette particularité qu'il s'agit d'un bien porteur d'humanité (§2).

§ 1 - Le corps réifié, objet de droits

498. De la circulation juridique à l'appropriation – Cette étude a mis en lumière les incertitudes entourant la qualification juridique adaptée au corps réifié. De nombreux efforts législatifs ont pourtant été fournis, notamment quant aux éléments et produits prélevés à l'occasion d'une activité médicale. Certains d'entre eux suscitaient l'indifférence du législateur,

¹⁵⁰⁹ En ce sens, voir par exemple J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, op. cit., p. 213 : « il est alors remarquable que, à l'occasion de ce texte, le législateur, récusant toute idée d'un principe général d'indisponibilité du corps humain, a introduit des dispositions qui consacrent, au contraire, dans une certaine mesure, la commercialité ».

¹⁵¹⁰ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, chron. p. 3015 s., spéc. p. 3020.

qui ne les mentionnait pas au sein du Code de la santé publique ou, à tout le moins, qui se montrait avare d'un régime particulier à leur égard. Or, l'enjeu était considérable puisque faute de lien les unissant à la personne, ces éléments et produits étaient librement utilisables. De même, l'exploitation du cadavre dans une finalité scientifique a été réglementée, et nombreuses sont les dispositions encadrant la recherche sur l'embryon. Si la capacité à l'échange juridique est la condition principale de l'appropriation, il n'en reste pas moins que l'atteinte à la « valeur sociale propriété » nécessite, sauf exception, que le bien soit effectivement approprié. Pour ce faire, il sera donc nécessaire d'identifier les titulaires de ce droit de propriété, ce qui n'est pas chose aisée au regard des multiples utilisations et finalités auxquelles il est destiné. Celles-ci pourront influencer sur son statut et son caractère appropriable, qui se verront parfois modifiés en fonction de l'utilité à laquelle le corps est destiné.

499. Annonce de plan – Une déduction s'impose alors. Si le législateur s'est vu contraint de réglementer ces recherches, le corps réifié fait donc l'objet de droits subjectifs (**A**). Pour autant, ce constat se doit d'être complété car l'intervention du droit pénal peut être entravée par l'absence d'appropriation effective du bien. Il faudra alors déterminer si le corps réifié fait l'objet d'un droit de propriété (**B**).

A. Le corps réifié, objet de droits subjectifs

500. Le corps réifié, source d'utilisations multiples – L'évolution législative constatée depuis les lois de bioéthique de 1994 témoigne d'une volonté de faire face aux progrès scientifiques, et aux dangers qu'ils peuvent représenter pour le respect de l'humain. La loi régit désormais nombre des utilités que le corps procure à l'Homme, témoignant des différents actes juridiques dont il peut faire l'objet. Si ces actes donnent des précisions quant au statut du corps, peut-être pourront-ils également mettre fin aux incertitudes entourant la nature juridique de l'embryon et du fœtus non viable. Il faut toutefois se garder d'attendre de cette analyse l'apparition d'un régime uniforme. Le pouvoir absolu conféré à la personne sur ses éléments et produits lui permet de les destiner à différentes finalités qui, couplées aux restrictions légales, influenceront nécessairement sur sa commercialité.

501. Annonce de plan - Au regard de ces utilisations multiples, les conventions passées sur les éléments et produits du corps humain (1) seront analysées distinctement des conventions passées sur le corps en décomposition (2).

1) Les conventions passées sur les éléments et produits du corps humain

502. L'encadrement législatif des conventions à titre gratuit – Les dispositions législatives encadrant l'utilisation des éléments et produits ont évolué et leur confèrent un régime protecteur. Ils peuvent en effet faire l'objet de dons avec le consentement présumé ou écrit du patient, témoignant par ailleurs de leurs nombreuses utilités, critères inhérents à l'appropriation¹⁵¹¹. À l'origine, aux termes de l'article L. 672-1 ancien du Code de la santé publique, le consentement du donneur n'était pas exigé concernant les tissus, cellules et produits ainsi que le placenta, prélevés à l'occasion d'une intervention médicale et conservés en vue d'une utilisation ultérieure¹⁵¹². Par conséquent, ces éléments et produits étaient classés, par défaut, dans les déchets anatomiques¹⁵¹³, ce qui eut pour effet de susciter l'intérêt des laboratoires de recherche¹⁵¹⁴. Désormais, depuis la Loi du 6 août 2004¹⁵¹⁵, les conventions dont ces éléments et produits font l'objet sont soumises au consentement présumé du patient¹⁵¹⁶, et le régime spécifique dont ils font l'objet a conduit à les déclasser de la catégorie des déchets opératoires. Ensuite, depuis l'entrée en vigueur des Lois du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011¹⁵¹⁷, l'utilisation et la conservation de certains éléments et produits sont soumises au consentement

¹⁵¹¹ Voir *supra* n° 479 s.

¹⁵¹² Aux termes de cet article ces éléments et produits étaient soumis aux seules dispositions concernant la publicité, la gratuité, l'anonymat et les règles sanitaires.

¹⁵¹³ Pour davantage de développements quant aux critères de classification des déchets opératoires ainsi que les conséquences de l'appartenance à cette catégorie, voir *infra* n° 505, n° 513 et n° 559 s.

¹⁵¹⁴ Le placenta peut être utilisé à des fins diverses, qui dépassent le cadre scientifique pour entrer dans celui du cosmétique. De nombreux partenariats sont alors nés entre les laboratoires et les maternités car, outre les utilisations pour les produits cosmétiques, le placenta pouvait également servir dans le traitement de certaines maladies, occasionnant ainsi la collecte d'une centaine de tonnes par an. Plus encore, certaines sociétés commerciales démarchaient les femmes enceintes et leur proposaient de préparer et conserver les cellules du sang de cordon dans la perspective d'une utilisation ultérieure, voir par exemple CE 4 mai 2011, n° 342640, *Société Cryo Save France* ; CH. BYK, *JCP G* 2012, n° 25, doct. 751. Certains auteurs avançaient même, au sujet du placenta, que « son utilité est évidente, en matière de fabrication de cosmétique et de certains produits de beauté », X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*, p. 272.

¹⁵¹⁵ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* du 7 août 2004.

¹⁵¹⁶ L'article L. 1245-2 al. 1^{er} du CSP dispose en effet que « les tissus, les cellules et les produits du corps humain, prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, ainsi que le placenta peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée des finalités de cette utilisation ».

¹⁵¹⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO* du 8 juillet 2011.

écrit de la personne¹⁵¹⁸. De même, la Loi du 7 juillet 2011 a soumis le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire, ainsi que les cellules du cordon et du placenta¹⁵¹⁹, à une finalité thérapeutique ou scientifique¹⁵²⁰. L'exigence du recueil du consentement écrit¹⁵²¹ de la femme a eu pour effet d'extraire ces éléments et produits du régime des déchets anatomiques¹⁵²² et de mettre un terme à leur libre utilisation, initiative salubre au regard des nombreuses possibilités scientifiques qu'ils offrent.

503. L'utilisation des éléments et produits à des fins thérapeutiques ou scientifiques – La circulation juridique des éléments et produits du corps humain et l'utilité qu'ils procurent à l'individu apparaît à la seule lecture des dispositions du Code pénal et du Code de la santé publique. De manière générale, les termes de « cession » ou « importation » sont utilisés dans la réglementation de la circulation des éléments et produits¹⁵²³. À titre d'exemple, les articles 511-8 et 511-8-1 du Code pénal emploient les termes de « distribution » et de « cession » des éléments et produits. L'article R. 1243-56 9° du Code de la santé publique qui précise le cadre réglementaire des protocoles de recherche¹⁵²⁴ utilise les termes de « cession » des échantillons et qualifie l'organisme de recherche de « cessionnaire ». L'article R. 1243-60 2° contient quant à lui le terme « restituer » s'agissant des éléments et produits utilisés par ce même organisme. En outre, l'article 1245-11 du Code civil classe parmi les produits défectueux les « éléments du corps humain ou les produits issus de celui-ci »¹⁵²⁵ et l'article 1245-2 du même Code définit un produit comme « tout bien meuble ». Après avoir fait ce constat, G. LOISEAU relève que « de façon apparemment plus anecdotique mais témoignant d'une approche pratique tout aussi réaliste, le code des douanes interdisant ou réglementant

¹⁵¹⁸ Ainsi, aux termes de l'article L. 1245-2 du CSP le prélèvement, la conservation et l'utilisation des tissus embryonnaires ou fœtaux prélevés à l'occasion d'une interruption de grossesse sont désormais soumis au consentement écrit de la femme.

¹⁵¹⁹ Il s'agit ici des cellules du placenta et non du placenta en lui-même, dont le régime relève de l'article L. 1241-1 al. 4 du CSP qui soumet le prélèvement ou la collecte à un consentement présumé.

¹⁵²⁰ Article L. 1241-1 al. 4 du CSP.

¹⁵²¹ Article L. 1241-1 al. 4 du CSP.

¹⁵²² Voir par exemple L. MARVILLE et I. HAYE, « Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire », *D.* 2011, p. 2215 s.

¹⁵²³ Voir par exemple G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, chron. p. 2252 s.

¹⁵²⁴ Voir le Décret n° 2007-1220 du 10 août 2007 relatif au prélèvement, à la conservation et à la préparation à des fins scientifiques d'éléments du corps humain et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires), *JO* du 14 août 2007.

¹⁵²⁵ Code civil, Titre IV bis « De la responsabilité du fait des produits défectueux », article 1245-11 du Code civil : « Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1245-10 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci ».

l'importation ou l'exportation de certaines marchandises traite au même titre que d'autres marchandises, et sans les mettre à part, des organes, tissus, cellules ou gamètes issus du corps humain »¹⁵²⁶.

Concrètement, parmi les nombreuses utilités offertes par ces derniers, le placenta est par exemple conservé en vue d'une utilisation dite autologue, c'est-à-dire dans le cas où l'enfant contracterait une maladie nécessitant l'utilisation du sang de cordon¹⁵²⁷. De même, le sang placentaire ainsi que le sang de cordon ombilical recèlent des cellules souches embryonnaires dont on a vu les intérêts scientifiques¹⁵²⁸. Ces éléments et produits font donc l'objet de plusieurs conventions à titre gratuit car, s'il ne s'oppose pas à leur utilisation, le patient effectue un don à l'hôpital. Celui les conserve et les utilise, ou les transmet par la réalisation d'un second acte juridique à un laboratoire. De même, la moelle osseuse peut par exemple être prélevée et utilisée en vue de greffes. Une fois prélevée, elle fait l'objet d'une première convention à titre gratuit, matérialisée par le consentement écrit de la femme. Les cheveux, les ongles, les poils et les dents peuvent quant à eux faire l'objet de conventions à titre onéreux¹⁵²⁹, tout comme le sang, qui est tarifé¹⁵³⁰. Le sang et ses produits dérivés comme le plasma sont qualifiés de « marchandise » ou de « matière première »¹⁵³¹ et sont érigés au rang de médicament. Il en est de même pour les produits issus de certains organes, tissus ou cellules qui, une fois modifiés à des fins thérapeutiques, acquièrent le statut de médicament¹⁵³². Ces éléments et produits ne posent guère de difficultés en ce sens que s'ils circulent économiquement, il va de soi qu'ils peuvent faire l'objet d'une appropriation¹⁵³³.

¹⁵²⁶ G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », art. préc., spéc. p. 2254. Voir l'article 38 du Code des douanes.

¹⁵²⁷ L'article L. 1241-1 du CSP soumet le don à l'anonymat mais, par dérogation, le don peut être destiné à l'enfant ou à ses frères et sœurs « en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement ». Cette disposition a reçu l'aval du Conseil constitutionnel, voir Cons. const. 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC, *JO* du 17 mai 2012. Le tribunal de grande instance de Grasse a néanmoins autorisé une mère à congeler le sang de cordon au profit d'un enfant né indemne de toute pathologie mais risquant de contracter dans le futur un cancer, au regard de ses antécédents familiaux, voir TGI Grasse, ord. 21 novembre 2016 ; A. MARAIS, « Conserver, aujourd'hui, le sang du cordon ombilical d'un enfant, en vue de le soigner, demain », *D.* 2017, p. 496 s.

¹⁵²⁸ Voir *supra* n° 70.

¹⁵²⁹ Article 1^{er} du Décret n° 95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du Titre Ier du Livre VI du code de la santé publique, *JO* du 11 août 1995.

¹⁵³⁰ Arrêté du 7 juillet 2017 modifiant l'arrêté du 9 mars 2010 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles, *JO* du 12 juillet 2017.

¹⁵³¹ Voir la Directive Européenne n° 89-381 du 14 juin 1989 qui les qualifie le sang et les produits dérivés de « matière première »

¹⁵³² Loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et sanitaire, *JORF* du 29 mai 1996.

¹⁵³³ TGI Toulouse, 16 juillet 1992 ; *JCP G* 1991, II 21965, note X. LABBÉE, qui considère que l'unité de sang ne peut être qu'une chose dans le commerce et susceptible d'être vendue.

Il en ressort que certains éléments et produits revêtent une aptitude à la circulation juridique, voire économique, qui ne laisse aucun doute. Ce sont des biens extrapatrimoniaux, qui pourront recevoir la protection du droit pénal au titre des atteintes à la « valeur sociale propriété ». Les éléments et produits qui circulent à titre gratuit font quant à eux l'objet d'un droit subjectif, puisque le patient qui en fait don dispose d'un pouvoir absolu sur ces choses. À l'inverse, d'autres produits comme le corps en formation soulèvent des incertitudes considérables quant à leur statut car il n'est pas acquis qu'ils puissent faire l'objet de droits.

504. L'embryon et le fœtus non viables, éléments et produits du corps humain – Il a été démontré que le fœtus est une personne à compter de sa viabilité. Qu'en est-il alors du statut de l'embryon, considéré comme tel jusqu'à 14 semaines de grossesse d'aménorrhée et du fœtus n'ayant pas atteint le seuil de 22 semaines ou un poids de 500 grammes ?¹⁵³⁴ Le corps en formation est part entière du corps de la femme s'il est fécondé *in utero*, ou dès lors qu'il a été transféré à des fins de gestation suite à une fécondation *in vitro*. Si son statut de bien n'est encore pas défini, il a été démontré que le vocabulaire employé, comme l'inapplicabilité de la qualification de personne, permettait *a priori* de classer l'embryon dans la catégorie des choses¹⁵³⁵. En outre, la définition donnée par le Code de la santé publique¹⁵³⁶ permet de lui appliquer la qualification d'éléments et produits du corps humain puisque l'embryon issu d'une fausse couche fait l'objet d'une *collecte*, ce que l'on peut d'ailleurs étendre au fœtus non viable, tandis que l'embryon issu d'une interruption volontaire a été *prélevé* sur le corps de la femme. Le statut du fœtus n'a pas retenu quant à lui l'attention du législateur mais lorsqu'il n'est pas viable et que le délai pour effectuer une interruption volontaire de grossesse est achevé, il est part entière du corps de la femme et serait *collecté* si toutefois une fausse couche survenait. Des difficultés surgissent en cas de fécondation *in vitro*, soit à l'extérieur du corps de la femme, car le statut de l'embryon avant le transfert à des fins de gestation est incertain. Outre le fait qu'il est créé *ex utero*, l'embryon peut être conçu avec les gamètes des deux parents, d'un seul d'entre eux, voire d'aucun des deux. Son statut devra donc être défini par rapport à la nature du lien qui le relie aux parents, mais pour le moment l'on s'en tiendra à déterminer sa circulation juridique.

¹⁵³⁴ Critères retenus pour une proposition de définition de la viabilité, voir *supra* n° 363.

¹⁵³⁵ Voir *supra* n° 267 s.

¹⁵³⁶ L'article L. 1211-6 al. 2 du CSP mentionne le « prélèvement d'éléments et la collecte de produits » (nous soulignons).

L'embryon et le fœtus non encore viable font l'objet de conventions à titre gratuit, dans les limites de la loi, tout comme n'importe quel autre élément ou produit faisant l'objet de droits subjectifs. Les différentes destinations auxquelles ils sont voués témoignent en outre d'autant d'utilités qu'ils offrent à la personne et qui rendront parfois difficile l'identification du titulaire de ces droits¹⁵³⁷. Le législateur a employé un vocabulaire qui ne peut être appliqué qu'à des choses objet de conventions. Les embryons ainsi que les tissus ou cellules embryonnaires peuvent faire l'objet d'une cession, d'une importation, d'une exportation¹⁵³⁸ ou encore d'une conservation¹⁵³⁹. Quant au fœtus, les tissus fœtaux peuvent être prélevés et conservés avec le consentement écrit de la mère, dans une finalité scientifique ou thérapeutique. À ce titre, ils font l'objet d'actes juridiques de même nature¹⁵⁴⁰ que portant sur les éléments et produits conservés, transformés ou encore donnés. Les interrogations se portent alors sur le statut des embryons voués à destruction, ceux-ci étant considérés, comme d'autres parties du corps réifié, comme des déchets anatomiques.

505. L'étendue de la catégorie des déchets anatomiques – Nombres d'organes, tissus ou cellules sont susceptibles de revêtir cette qualité puisque les déchets anatomiques s'entendent, par élimination, de tous les éléments ou produits non destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique. Ainsi, tous les membres amputés lors d'une opération, les organes, tissus ou cellules prélevés ou expulsés, mais également les prélèvements biologiques réalisés au cours d'une autopsie et qui ne sont plus nécessaires à la manifestation de la vérité, sont considérés comme des déchets anatomiques et sont voués à être incinérés¹⁵⁴¹. De la même manière, les embryons issus d'une interruption volontaire de grossesse qui ne sont pas utilisés à titre scientifique ou thérapeutique sont inclus dans les déchets anatomiques car ils ne peuvent faire l'objet de funérailles.

¹⁵³⁷ Voir *infra* n° 512.

¹⁵³⁸ Voir par exemple les articles 511-19-3 et 522-25-1 du Code pénal et R. 2151-18 du CSP.

¹⁵³⁹ Voir par exemple les articles 511-19-2 du Code pénal et R. 2151-18 du CSP.

¹⁵⁴⁰ Sur la qualification de l'acte permettant la circulation du bien, voir *infra* n° 516.

¹⁵⁴¹ Aux termes de l'article R. 1335-1 du CSP, il s'agit déchets d'activité de soins, issus des activités de traitement curatif ou palliatif ainsi que de diagnostic. Il faut ajouter à cela les pièces anatomiques, définies à l'article R. 1335-9 du CSP comme « les déchets issus des activités d'enseignement, de recherche et de production industrielle dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire, ainsi que ceux issus des activités de thanatopraxie ». Enfin, aux termes de l'article R. 1339 du même Code, les pièces anatomiques sont soumises au même régime et se définissent comme « des organes ou des membres, aisément identifiables par un non-spécialiste, recueillis à l'occasion des activités de soins ou des activités déterminées au dernier alinéa de l'article R. 1335-1 ».

Les déchets opératoires et les pièces anatomiques sont régis par les articles R. 1335-1 et suivants du Code de la santé publique, qui organisent leur conditionnement et leur élimination, notamment au regard des risques sanitaires. Il ne s'agit alors ni plus ni moins d'un bien dont l'extra-commercialité est absolue car l'établissement ou toute autre personne qui produit ces déchets est tenu de les éliminer. Cette hypothèse n'est pas sans rappeler celle des préparations dangereuses pour les travailleurs ou encore les produits contenant de l'amiante, que le législateur soustrait totalement au commerce juridique en raison de leur caractère dangereux. En réalité, les éléments et produits du corps humain ont, dans le cadre d'une activité médicale, un statut ambivalent. Soit ils sont utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques et ils circulent juridiquement, soit ils deviennent des déchets dont la loi prohibe toute circulation et, par extension, toute appropriation.

2) *Les conventions passées sur le cadavre*

506. Le corps en décomposition, objet de droits – Les dispositions issues des lois de 1994 qui régissent les conventions passées sur le corps humain reposent sur le principe de gratuité, lui-même garant de l'extra-patrimonialité du corps humain. Le défunt peut donc consentir de son vivant à ce que son cadavre soit utilisé à des fins artistiques, à ce qu'il soit transformé en objets, à ce qu'il serve à la réalisation de tableaux, de bijoux, de photographies ou plus simplement qu'il soit destiné à être exposé¹⁵⁴². Ces actes ne sont pas exempts de restrictions mais témoignent tout de même d'un pouvoir de disposition du défunt sur son corps, que lui seul est susceptible d'exercer.

Le cadavre ne peut en revanche faire l'objet de conventions à titre onéreux. L'exposition *Our Body*¹⁵⁴³ a été interdite au motif que l'exposition présentait un caractère commercial, plus qu'au regard des incertitudes qui régnaient quant au recueil du consentement des défunts de leur vivant. En effet, si le tribunal de grande instance¹⁵⁴⁴ avait fondé son jugement sur l'article

¹⁵⁴² G. LOISEAU, « Art et dignité. Respect des morts et volonté posthume », art. préc.

¹⁵⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, arrêt préc. Voir également *ibid.*, spéc. p. 106. Voir également Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2014, n° 13-19.729 (illicéité de la cause du contrat d'assurance couvrant les risques d'annulation de l'exposition) ; G. LOISEAU, « Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation », *JCP G* 2014, n° 46-47, 1170.

¹⁵⁴⁴ TGI Paris, réf., 21 avril 2009 ; *AJDA* 2009, p. 797 s.

16-1-1 du Code civil, la cour d'appel de Paris¹⁵⁴⁵ s'était davantage attachée à l'origine des cadavres. Les juges du second degré considèrent en effet, tout en rappelant le caractère inviolable et digne d'un respect absolu de la dépouille mortelle, que cela « n'exclu[en]t cependant pas l'utilisation des cadavres à des fins scientifiques ou pédagogiques » mais que « la protection du cadavre et le respect dû à celui-ci commandent tout d'abord de rechercher si les corps ainsi exposés ont une origine licite et s'il existe un consentement donné par les personnes de leur vivant sur l'utilisation de leur cadavre ». Néanmoins, la Cour de cassation a considéré qu'« aux termes de l'article 16-1 alinéa 2 du Code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence, que l'exposition de cadavres à des fins commercialités méconnaît cette exigence »¹⁵⁴⁶. Il ne s'agit donc ni plus ni moins de l'interdiction du commerce économique des dépouilles. Ce commerce économique se traduit dans cet arrêt non pas par l'acquisition à titre onéreux des cadavres par la société organisatrice, point qui n'est pas soulevé, mais par le profit que l'exposition génère. En d'autres termes, rien n'indique que la société n'est pas propriétaire de ces cadavres mais seulement qu'elle ne peut en tirer profit, donc qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

L'admission de certaines pratiques artistiques interroge par ailleurs quant à la signification à attribuer au caractère commercial. G. LOISEAU relève que l'exposition des corps dans un musée relève moins d'une finalité lucrative que cognitive, tout comme la présentation de reliques ou autres objets d'art dans une église¹⁵⁴⁷. À l'inverse, la fabrication d'objet d'art à partir de cendres humaines comporte un caractère lucratif mais ne s'est pas vue frappée d'interdiction pour autant¹⁵⁴⁸. L'auteur différencie par ailleurs certaines pratiques artistiques, comme la photographie, qui ne portent pas inévitablement atteinte à la dignité du cadavre, des pratiques qui consistent à travailler les corps pour les exposer¹⁵⁴⁹. En outre, certains actes effectués sur le cadavre, tels les frais afférents à la conservation et la préparation du corps en

¹⁵⁴⁵ CA Paris 30 avril 2009, JurisData n° 2009-002649 ; J. HAUSER, « La mort en ce jardin ! », *RTD civ.* 2009, p. 501 s. ; C. LE DOUARON, « Interdiction de l'exposition "Our body, à corps ouvert" », *D.* 2009 p. 2009 s. ; G. LOISEAU, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G* 2009, n° 25, act. 12, note sous arrêt. Pour une comparaison avec des pratiques artistiques, voir, du même auteur, « Le corps, objet de création », *Juris art etc.* 2015, n° 22, p. 30 s., spéc. p. 31.

¹⁵⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, arrêt préc.. Voir également G. LOISEAU, « Art et dignité. Respect des morts et volonté posthume », art. préc., spéc. p. 106.

¹⁵⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁴⁹ G. LOISEAU, « Le corps, objet de création », art. préc., spéc. p. 31. L'auteur prend comme exemple les écorchés de Fragonard, œuvre réalisée au XVIII^{ème} siècle et constituée en partie de morceaux de cadavres.

vue d'un enterrement¹⁵⁵⁰, échappent au principe de gratuité. Il en ressort que le cadavre peut faire l'objet de conventions à titre gratuit, soit au profit du défunt de son vivant, soit au profit de celui qui dispose du corps suite à un don du défunt de son vivant. La circulation juridique du cadavre peut également être motivée par l'utilisation qui peut en être faite, cette fois au titre de la médecine légale.

507. Les autopsies médicales et judiciaires – Le cadavre fait l'objet de conventions et révèle ses utilités tout d'abord en matière d'autopsie. La Loi du 17 mai 2011¹⁵⁵¹ régleme la pratique des autopsies judiciaires, dont les modalités sont codifiées aux articles 230-28 à 230-31 du Code de procédure pénale. L'article 230-29 alinéa 1^{er} dispose que « lorsque le corps du défunt n'est plus utile à la manifestation de la vérité, l'autorité compétente délivre dans les meilleurs délais l'autorisation de remise du corps ». Les autopsies médicales sont quant à elles régies par l'article L. 1211-2 alinéa 3 du Code de la santé publique, lequel dispose que « les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès ». Soumises au principe du consentement ainsi qu'aux autres conditions régissant les prélèvements *post mortem* elles peuvent toutefois, à titre exceptionnel, être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, « en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort »¹⁵⁵². Le consentement du défunt de son vivant n'a que peu de poids lorsque le corps est utilisé à des fins scientifiques. Ce constat se retrouve quelque peu en matière de dons d'organes *post-mortem* en ce sens que le consentement au don est ici présumé, bien qu'il ne puisse être passé outre un refus.

508. Les prélèvements d'organes *post-mortem* – Si les éléments et produits du corps humain de la personne font l'objet de conventions, le cadavre peut aussi être l'objet de différents prélèvements à finalité thérapeutique ou scientifique. Mue par les nécessités de la recherche¹⁵⁵³, l'évolution législative relative aux prélèvements d'organes fût considérable. La Loi du 7 juillet

¹⁵⁵⁰ Pour une présentation de l'ensemble de ces actes, voir A. CHEYNET DE BEAUPRE, « Des cadavres et des cendres », in *Le sens de l'art aux confins du droit : le droit relégué par l'art*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2012, p. 189 s., spéc. p. 190.

¹⁵⁵¹ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO du 18 mai 2011.

¹⁵⁵² Article L. 1211-2 al. 3 du CSP, issu de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO n° 182 du 7 août 2004.

¹⁵⁵³ Voir par exemple CCNE, Avis n° 60 du 25 juin 1998, Réexamen des lois de bioéthique.

1949¹⁵⁵⁴ a tout d'abord autorisé les prélèvements *post mortem* en vue d'une greffe de cornée, sous réserve de recueillir le consentement du défunt de son vivant. Les prélèvements d'organes n'ont cependant bénéficié d'un réel cadre juridique qu'avec l'entrée en vigueur de la Loi du 22 décembre 1976¹⁵⁵⁵, qui a élargi le don à divers organes ainsi qu'aux tissus et l'a soumis au régime du consentement présumé. Ensuite, les Lois du 29 juillet 1994¹⁵⁵⁶ ont abrogé les deux lois précédentes, avec pour objectif d'octroyer au corps humain un véritable statut en réglementant le don de ses éléments et produits de façon uniforme.

Sous l'empire de la Loi du 6 août 2004¹⁵⁵⁷, qui a considérablement facilité le don d'organes, les prélèvements réalisés *post-mortem* ne pouvaient être effectués qu'à une fin thérapeutique ou scientifique. Cette opération était soumise à un consentement présumé du patient, les médecins devant néanmoins solliciter les proches si le défunt ne s'était pas opposé au prélèvement de son vivant. La Loi du 26 janvier 2016¹⁵⁵⁸ a constitué une énième évolution puisque désormais les familles sont simplement informées du prélèvement si le défunt ne s'y est pas opposé de son vivant¹⁵⁵⁹. Enfin, ces prélèvements ont un coût puisque l'article R. 2213-14 alinéa 5 du Code de la santé publique dispose que « les frais de transport aller et retour du lieu du décès à l'établissement de santé et les frais du prélèvement sont à la charge de l'établissement de santé dans lequel il a été procédé aux prélèvements ». Il en va de même si le défunt a fait le choix, de son vivant, de faire don de son corps à la science. La nature de cette convention, passée *a priori* à titre onéreux, interroge car cet acte a un coût pour la personne. La Loi du 15 novembre 1887¹⁵⁶⁰ sur la liberté des funérailles octroie le droit à un majeur ou à un mineur émancipé de « régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil et religieux à leur donner et le mode de sépulture ». En d'autres termes, chacun est en droit de destiner son corps à la recherche, à condition de prendre en charge les frais de transport du corps ainsi que les frais afférents à la crémation ou à l'inhumation.

¹⁵⁵⁴Loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de cornée grâce à l'aide de donneur d'yeux volontaires, *JO* du 8 juillet 1949.

¹⁵⁵⁵ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *JO* du 23 décembre 1976.

¹⁵⁵⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* du 30 juillet 1994. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* du 30 juillet 1994.

¹⁵⁵⁷ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* du 7 août 2004.

¹⁵⁵⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO* du 27 janvier 2016.

¹⁵⁵⁹ L. 1232-1 al. 2 du CSP. Sur le rôle des proches, voir l'article R. 1232-4-7 du CSP.

¹⁵⁶⁰ Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, *Recueil Duvergier*, p. 451.

Il ressort de ces constats que le corps réifié procure de nombreuses utilités et constitue bien un objet de droits, plus particulièrement un objet de droits subjectifs. En effet, les éléments et produits, tout comme le cadavre, font l'objet de conventions à titre gratuit, voire onéreuse pour certains, témoignant ainsi de leur circulation dans le commerce juridique. La possibilité de passer ces conventions fait naître un droit au profit du donneur par exemple, et ensuite au profit du receveur qui peut à son tour utiliser le corps, comme l'hôpital utilise les embryons donnés à des fins de recherche. Le corps réifié témoigne donc des caractéristiques essentielles que doit revêtir un bien pour être approprié, à savoir de circuler juridiquement et, de ce fait, d'être utile car il n'aurait aucun intérêt à circuler dans le cas contraire. Le corps réifié peut donc être relié à plusieurs personnes juridiques. L'aptitude à l'échange d'un bien devant être complétée par une appropriation effective pour qu'il puisse revêtir cette qualité, il reste alors à identifier les titulaires de ce droit de propriété.

B. Le corps réifié, objet d'un droit de propriété

509. L'appropriation effective, condition de l'atteinte à la « valeur sociale propriété » – S'il se soucie moins de la qualification juridique de l'objet d'une infraction que le droit civil, le droit pénal des biens s'applique toutefois majoritairement à un bien ou une chose faisant l'objet d'un droit de propriété. Dès lors, il est essentiel de déterminer, pour que l'atteinte à la « valeur sociale propriété » soit constituée, si le corps réifié est approprié. En effet, dans le cas contraire, toute qualification d'une infraction contre les biens serait exclue. En outre, au regard des multiples conventions et finalités auxquelles le corps réifié est destiné, il faudra s'assurer qu'il ne devient pas, au cours de sa circulation juridique, une *res derelictae* appropriable par le premier occupant.

510. Annonce de plan – Cette démarche supposera alors d'identifier les titulaires du droit de propriété portant sur les éléments et produits du corps de la personne (1), ainsi que sur les restes humains (2).

1) Les titulaires du droit de propriété portant sur les éléments et produits du corps de la personne

511. Les organes, tissus ou cellules destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique – En l’absence de précisions législatives quant à la nature du droit qui unit les éléments et produits au patient, il convient de se tourner vers la jurisprudence. De prime abord, et à s’en tenir à la décision du Conseil constitutionnel du 16 mai 2012¹⁵⁶¹, le don, par la femme, de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire, ainsi que de cellules du cordon et du placenta, ne lui octroie pas un droit sur ces cellules¹⁵⁶². Dans cette hypothèse, ces cellules seraient donc des *res derelictae* dès leur détachement du corps et tout individu pourrait s’en saisir. L’on peut donc imaginer que toute utilisation serait ensuite permise ou, à tout le moins, non réprimée.

Il a toutefois été démontré que les éléments et produits du corps étaient dans le commerce juridique car la femme peut faire circuler ces cellules en passant une convention à titre gratuit sur ces dernières. Les éléments et produits faisant l’objet d’un don sont confiés à l’établissement de santé, qui les conserve pour sa propre utilisation, les transmet à d’autres laboratoires de recherche ou encore les greffe à un autre patient. Deux situations se distinguent alors. Soit le consentement au don est écrit, soit le consentement est présumé. Dans le cas où le consentement est écrit, le don se matérialise par le prélèvement¹⁵⁶³ et le transfert de propriété devient effectif à ce moment-là car le patient ne peut plus demander la restitution de l’élément

¹⁵⁶¹ Cons. const. 16 mai 2012, déc. préc.

¹⁵⁶² Aux termes de cette décision, le fait de « conditionner le prélèvement de ces cellules au recueil préalable du consentement écrit de la femme n’a pas eu pour objet ni pour effet de conférer un droit sur ces cellules », voir Cons. const. 16 mai 2012, déc. préc., Considérant n° 7. À la lecture du commentaire de cette décision, il n’existerait « aucune liberté constitutionnelle protégée garantissant le libre choix de l’usage de ces cellules », voir commentaire de la décision, p. 7. Le don serait alors le consentement à une atteinte mais ne serait pas à l’origine d’un quelconque droit de disposer de son corps ou des éléments et produits car il « s’inscrit dans une logique de solidarité », voir A. MARAIS, « Conserver, aujourd’hui, le sang du cordon ombilical d’un enfant, en vue de le soigner, demain », art. préc., spéc. p. 496.

¹⁵⁶³ *Contra*, voir W. DROSS, *Les choses, op. cit.*, p. 614 : « l’on ne saurait y voir une donation au sens du droit civil pour cette raison que l’organe n’est pas, à ce stade, devenu une chose faite de de tout détachement [...] Il s’agit simplement pour le droit de n’autoriser ce détachement qu’à condition qu’il s’opère sans contrepartie financière ».

ou produit. Après la patiente, c'est alors l'hôpital qui en devient propriétaire¹⁵⁶⁴ et qui pourra utiliser son bien dans le respect des dispositions légales, et notamment des textes encadrant la recherche scientifique.

Dans le cas où le consentement au don est présumé, l'article L. 1211-2 alinéa 2 du Code de la santé publique¹⁵⁶⁵ comporte une particularité. Si la finalité du don change après le prélèvement, le patient peut s'y opposer après en avoir été informé. Autrement dit, le donneur conserve son droit de propriété même après le prélèvement puisqu'il peut s'opposer à un usage de son bien. C'est lors de la prise de possession du bien par l'établissement qui met en œuvre la finalité à laquelle le patient a consenti que le transfert de propriété s'opère car c'est à ce moment-là que le donneur ne pourra plus s'opposer à l'utilisation de son bien. L'établissement

¹⁵⁶⁴ Pour une analyse du don sous l'angle des contrats réels, voir G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », art. préc. La chose remise est l'élément ou produit en question, dont la remise volontaire est juridiquement établie par le prélèvement. Selon l'auteur, cette analyse ne s'impose pas de prime abord car la réalisation de l'acte est entièrement encadrée par la loi. L'auteur démontre néanmoins qu'elle est applicable au regard, d'une part, de l'accord de volontés nécessaire pour que l'acte produise des effets de droit et, d'autre part, de l'interdiction explicite des conventions à titre onéreux qui implique, *a contrario*, que toutes ne sont pas interdites. Selon l'auteur, il faut notamment admettre « que la force obligatoire de l'acte soit écartée au profit de la faculté reconnue au donneur de révoquer son consentement tant que le prélèvement n'a pas eu lieu ». Au surplus, il existe un « différé dans la rencontre des volontés » si toutefois l'on considère que le receveur donne son consentement en se prêtant à la greffe. Le statut des intermédiaires serait difficile à qualifier puisqu'ils participent à la chaîne de transfert et concluent eux-mêmes des contrats, entre eux, aux fins d'organiser le coût des prélèvements, de la cession ou encore de l'exportation. L'auteur en déduit donc que si la cession s'analyse en un contrat réel, il sera conclu entre le donneur et l'établissement de santé qui, en recueillant les substances humaines « concourt ainsi, juridiquement, à la formation de l'acte juridique ». L'établissement passera à son tour des conventions aux fins de conservation, exportation, ou encore de recherches mais que l'auteur analyse comme des contrats consensuels.

¹⁵⁶⁵ Article. L. 1211-2 al. 2 du CSP : « L'utilisation d'éléments et de produits du corps humain à une fin médicale ou scientifique autre que celle pour laquelle ils ont été prélevés ou collectés est possible, sauf opposition exprimée par la personne sur laquelle a été opéré ce prélèvement ou cette collecte, dûment informée au préalable de cette autre fin ».

receveur en aura donc la pleine propriété¹⁵⁶⁶, ce qui pourra justifier, ici aussi, le déclenchement de l'intervention pénale, par exemple en cas de vol¹⁵⁶⁷.

C'est alors en vertu du droit de propriété dont la personne est titulaire sur ses cellules ou, de manière générale, sur ses éléments et produits que, conformément à l'article 544 du Code civil, elle l'exerce dans la limite des lois et règlements¹⁵⁶⁸, à savoir dans une finalité thérapeutique ou scientifique et à titre gratuit. Les conditions imposées par la loi ne sont autres que la manifestation d'une atteinte légale à la libre disposition de son bien¹⁵⁶⁹. Cette première illustration permet donc de conclure à l'appropriation effective des éléments et produits du corps voués à une utilité scientifique ou thérapeutique par le patient, puis par le destinataire du don. Ceci permettra ultérieurement d'envisager l'application du droit pénal des biens. Cette démarche peut alors être appliquée aux embryons congelés, également voués à plusieurs finalités. Les parents peuvent en effet choisir de les destiner à la recherche ou encore à un projet parental, ce qui témoigne de la disposition de leur bien.

512. Les embryons congelés voués à une utilisation thérapeutique ou scientifique –
Part entière du corps de la femme lorsqu'il est fécondé *in utero*, l'embryon peut être également

¹⁵⁶⁶ S'il n'est pas le bénéficiaire de ce don, l'hôpital n'aurait donc qu'un rôle de gardien de la chose, emportant par ailleurs sa responsabilité en cas de détérioration du bien. Par ailleurs, le destinataire du don n'est pas forcément identifié mais cela ne modifie en rien cet acte juridique dès lors que l'on admet que le donneur conserve son droit de propriété jusqu'au moment où le receveur est identifié et, plus encore, jusqu'au moment précis où il consent à l'intervention pour une transplantation, ou jusqu'au moment où le laboratoire de recherche s'en empare. Ce faisant, il s'approprie l'élément ou produit, qui devient son propre bien et qui ne fera plus qu'un avec son corps, et donc avec sa personne une fois incorporé. Voir par exemple l'article L. 1231-1 du CSP relatif au don d'organes prélevés sur une personne vivante aux termes duquel le bénéficiaire du don est déterminé. G. LOISEAU, en analysant le don d'éléments ou produits du corps humain sous l'angle des contrats réels, soulève la difficulté qui apparaît lorsque le receveur n'est pas identifié. Lorsque le don est effectué dans une finalité scientifique ou thérapeutique, le don est anonyme et le receveur est indéterminé au moment de la formation du contrat, si celui-ci est assimilé au moment du prélèvement, voir G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », art. préc., spéc. p. 2255.

¹⁵⁶⁷ Voir *infra* n° 548. À titre d'exemple, les laboratoires qui constituent des collections d'échantillons humains aux fins de recherche les conservent dans des biobanques. Ce contrat peut s'analyser en un contrat de dépôt, ce qui suppose que les collections sont appropriées par les laboratoires. Voir A.-L. MORIN, « Assurer les échantillons biologiques humains. Quand les assureurs flirtent avec les limites de l'assurabilité », *RDC* 2014, p. 112 s. (l'auteur s'interroge par ailleurs sur le caractère onéreux de ces conventions, au regard des accords de transfert de matériel, des contrats de transport ou de dépôt, de prestation de service ou encore d'assurances dont ces collections font l'objet). En conséquence, la soustraction ou la destruction de ces éléments et produits entreposés porterait atteinte à la « valeur sociale propriété », qualification inapplicable sans l'application du droit pénal des biens.

¹⁵⁶⁸ Article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. »

¹⁵⁶⁹ De ce fait, il est vrai que le patient n'a pas le libre choix de l'usage de ses cellules donc la position du Conseil constitutionnel peut également être interprétée en ce sens. En outre, au cas où la personne refuserait elle n'aurait d'autre choix que de consentir à la destruction de ces éléments et produits, autre limite à l'exercice de son pouvoir de libre disposition sur son bien.

fécondé *in vitro*, ce qui interroge quant à son statut. Dans cette dernière hypothèse, plusieurs embryons sont fécondés et peuvent être destinés à la recherche, à un projet parental, mais également à la destruction. Ni choses ni personnes, en cas d'atteinte à ces embryons, comme une destruction, il semble difficile de les rattacher à une catégorie juridique correspondante et ainsi rechercher le texte applicable. Lorsque les gamètes à l'origine de la fécondation appartiennent aux deux parents, ceux-ci ont donc mis en commun des biens dont ils sont propriétaires au service de la création d'un embryon congelé. Peut-on considérer que celui-ci est également un bien ? En ce sens, X. LABBÉE explique que « cette chose mobilière ferait l'objet de la part de ses “auteurs” d'un droit réel » et suggère que l'embryon soit classé parmi les meubles¹⁵⁷⁰. En effet, le classement parmi les produits défectueux des « éléments du corps humain ou les produits issus de celui-ci »¹⁵⁷¹, ainsi que la définition du produit comme « tout bien meuble » vont en ce sens. L'embryon congelé peut donc être considéré comme un bien meuble qui peut d'ailleurs, tout comme les gamètes¹⁵⁷², faire l'objet d'un contrat de dépôt puisque les centres de conservation des embryons congelés sont qualifiés de dépositaires selon le Conseil d'État¹⁵⁷³,

Au surplus, le consentement au don de l'embryon à la recherche, ou à un couple receveur, ou encore le consentement à la destruction ne sont autres que l'expression du droit de propriété dont les parents sont titulaires et qui leur permet d'exprimer leur opposition à une destination à laquelle leur bien¹⁵⁷⁴ serait affecté. De même, ce statut de « bien commun » explique que dès lors que l'embryon est *in utero*, seule la femme a un droit de regard sur l'interruption ou non de la grossesse et, à l'inverse, toute décision concernant l'embryon *in vitro* doit être prise avec le consentement des deux parents. Ceci est conforté par l'interdiction de

¹⁵⁷⁰ X. LABBÉE, « La valeur de l'embryon congelé », art. préc., spéc. p. 1054. Voir également E. LEGROS, « L'embryon produit défectueux », *LPA* 5 septembre 2002, n° 243, p. 63 s. ; J.-J. TAISNE, « La vie humaine protégée hors du droit des personnes », *LPA* 5 septembre 2002, n° 243, p. 25 s. Sur l'application de cette qualification à la dépouille, voir *infra* n° 514.

¹⁵⁷¹ Article 1245-11 du Code civil : « Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1245-10 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci ».

¹⁵⁷² TGI Créteil, 4 avril 1995 ; C. TAGLIONE, « Insémination *post mortem* : le droit du concubin à la restitution des gamètes », *LPA* 24 décembre 1997, n° 154, p. 28 s. Pour une illustration récente de la restitution des gamètes à la veuve du défunt, voir CE, 31 mai 2016, n° 39-6848 ; J.-R. BINET, « Insémination *post-mortem* : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, décembre 2016, étude n° 15.

¹⁵⁷³ CE, Etude du 25 mars 1988, « Sciences de la vie : de l'éthique au droit », p. 65 : l'hôpital dépositaire est tenu de veiller à la conservation et de « rendre identiquement la chose même qu'il a reçue ».

¹⁵⁷⁴ Si l'embryon est créé à partir d'un ou plusieurs gamètes issus du don d'un tiers, un transfert de propriété s'établit sur le modèle décrit précédemment pour les éléments et produits. Le couple en acquiert la propriété et la technique de la fécondation *in vitro* aboutit à la création d'un bien commun, qui deviendra ensuite part entière du corps de la mère.

procéder, sans le consentement du couple donneur¹⁵⁷⁵, à un don au profit d'un couple receveur¹⁵⁷⁶, à des recherches¹⁵⁷⁷, ou encore par l'interdiction de transfert à des fins de gestation lorsque le conjoint retire son consentement¹⁵⁷⁸. L'embryon pourrait alors faire l'objet de différents transferts de propriété en fonction de la finalité à laquelle il est voué.

Enfin, la qualification de bien, entendue comme une chose circulant dans le commerce juridique, permet d'expliquer la solution retenue par la CEDH dans son arrêt *Parillo c/ Italie*. Les embryons conçus *in vitro* ne peuvent, selon la Cour, être réduits au statut de biens car l'article 1^{er} du Protocole n° 1 revêt une « portée économique et patrimoniale »¹⁵⁷⁹. Cette conception de la notion de bien entre donc dans celle, restrictive, qui opère une confusion entre commercialité et patrimonialité et donc entre appropriation et patrimonialité. L'embryon congelé est donc un bien et peut être destiné par ses propriétaires à un projet parental ou de recherche. En outre, il peut être abandonné si ceux-ci décident de le vouer à destruction¹⁵⁸⁰ et, comme l'expliquent F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, « la forme la plus élémentaire des actes de propriété est l'abandon ». Ceci conforte son statut de bien, approprié par les parents jusqu'au transfert de propriété ou jusqu'à l'abandon. Dans cette dernière hypothèse, l'embryon est alors soumis au statut des déchets anatomiques.

513. Les éléments et produits voués à destruction – Contrairement aux hypothèses précédentes, certains éléments et produits ne bénéficient d'aucun régime spécifique encadrant

¹⁵⁷⁵ Articles 511-19 et 511-21 du Code pénal.

¹⁵⁷⁶ Article L. 2141-5 du CSP.

¹⁵⁷⁷ Article L. 2141-3 al. 3 du CSP.

¹⁵⁷⁸ CEDH 10 avril 2007, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni* ; D. ROMAN, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », *RDSS* 2007, p. 810 s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, « 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. 295 s. La Cour explique que cette question relève, tout comme le point de départ du droit à la vie, de la libre appréciation des États.

¹⁵⁷⁹ CEDH, *Parillo c/ Italie*, 27 août 2015, n° 46470/11, § 215.

¹⁵⁸⁰ Le régime applicable à l'embryon dépasse le cadre de cette étude car l'atteinte à la « valeur sociale propriété » ne repose pas sur la manière d'exercer le droit de propriété mais uniquement sur son existence. Néanmoins, un parallèle peut être proposé avec le droit de copropriété, également envisageable pour la dépouille mortelle. Voir X. LABBÉE, « La valeur de l'embryon congelé », art. préc., spéc. p. 1054 : « On peut, dans un domaine voisin, évoquer le droit réel que la famille exerce sur la dépouille mortelle de ses membres disparus. La qualification d'objet « de copropriété familiale inviolable et sacrée » a été à ce propos avancée par le tribunal de grande instance de Lille et nous l'avons approuvée. Ne pourrait-on pas la transposer pour l'embryon ? ». De même, le régime de l'indivision est envisageable car il s'agit d'une modalité de la propriété individuelle qui organise l'exercice du droit de propriété de plusieurs propriétaires dont une partie du bien est en commun, tels les propriétaires de deux immeubles construits sur le même terrain. Le régime applicable à l'embryon s'y apparente, notamment au regard de l'accord unanime nécessaire, sauf exception, à toute action sur le bien indivis. Par exemple, il est interdit de procéder à un don à un couple receveur ou à des recherches sans le consentement du couple donneur (articles 511-19 et 511-21 du Code pénal). De la même manière, le retrait du consentement d'un des parents s'apparenterait à une sortie de l'indivision.

leur utilisation. Il en va ainsi pour les déchets anatomiques, c'est-à-dire notamment les éléments et produits prélevés ou collectés lors d'une activité de soin et non voués à une finalité thérapeutique ou scientifique¹⁵⁸¹. Cette catégorie inclut également les corps en formation prélevés ou collectés lors d'une interruption volontaire de grossesse ou d'une fausse couche¹⁵⁸², ainsi que les embryons surnuméraires ne faisant plus l'objet d'un projet parental ou de recherche.

En revanche, le statut de déchets est parfois lié à la décision du patient. En refusant qu'une partie de son corps soit destiné à une finalité particulière, le patient exerce son droit de propriété. Le statut de déchet anatomique s'impose alors car ces éléments ou produits sortent du commerce juridique, l'établissement de santé ayant l'obligation de les détruire¹⁵⁸³. L'on s'est précédemment interrogé sur les conséquences d'une obligation de destruction d'une chose sur sa qualification de bien¹⁵⁸⁴. Peut-on considérer qu'une chose qui ne circule pas est un bien ? Au regard de la définition précédemment retenue de cette notion, la réponse semble être négative. La propriété d'un bien repose en effet avant tout sur la circulation juridique de ce bien, concrétisation du pouvoir de disposer. Or, une chose qui voit sa circulation anéantie avant même d'avoir pu exister ne peut par définition être appropriée, ni même appropriable et ne répond pas à la qualification de bien. Pour autant, il sera démontré que l'obligation de destruction à laquelle ces éléments et produits sont soumis peut leur conférer un statut protecteur en ce qu'elle empêche une libre appropriation¹⁵⁸⁵.

C'est d'ailleurs en toute logique que la solution choisie par les juges concernant le doigt coupé de Janel Daoud¹⁵⁸⁶ trouve à s'appliquer. Ce détenu s'est sectionné une phalange puis l'a envoyée au garde des Sceaux afin d'attirer l'attention sur son cas. Son doigt lui fut rendu par l'hôpital dans un bocal que l'administration pénitentiaire lui a confisqué. Le juge des référés a refusé au prisonnier la restitution de son doigt, au motif que ce dernier pouvait faire l'objet d'une confiscation au même titre que le bocal dans lequel il se trouvait. Ce faisant, les juges ont

¹⁵⁸¹ Articles R. 1335-1 et R. 1335-9 du CSP.

¹⁵⁸² Les certificats d'accouchement n'étant pas délivrés dans ces hypothèses, le corps ne peut faire l'objet de funérailles et relève de la catégorie des pièces anatomiques en vertu de la circulaire du 19 juin 2009 relative aux actes d'enfants sans vie, préc. Voir *supra* n° 304 s.

¹⁵⁸³ Article R. 1335-2 du CSP.

¹⁵⁸⁴ Sur les marchandises contrefaites, voir *supra* n° 490.

¹⁵⁸⁵ Sur les conséquences de cette obligation de destruction quant aux infractions applicables, voir *infra* n° 568 s.

¹⁵⁸⁶ TGI Avignon réf. 24 septembre 1985 ; PH. BERTIN, « Un doigt de droit, deux doigts de bon sens... », *Gaz. Pal.* 1986, chron. p. 96 s.

admis l'existence d'un droit de propriété sur ce membre ce qui entraîne l'application des dispositions pénales encadrant la confiscation.

Dès lors qu'ils peuvent circuler dans le commerce juridique, les éléments et produits du corps humain font l'objet d'une appropriation effective car les utilités et conventions dont ils font l'objet conduisent à un transfert de propriété ou à une destruction. Le patient en est donc le premier propriétaire et choisit soit de détruire son bien, soit de transférer son droit de propriété par exemple à l'hôpital ou à un patient receveur. Ils revêtent alors les caractéristiques essentielles d'un bien et peuvent être considérés comme les supports de la « valeur sociale propriété ». Il reste alors à déterminer si les restes humains, qui circulent également dans le commerce juridique, peuvent faire l'objet d'une appropriation effective et qui serait titulaire du droit de propriété.

2) *Les titulaires du droit de propriété portant sur les restes humains*

Il a été démontré que le corps en décomposition faisait l'objet de conventions à titre gratuit, donc il faudra déterminer les modalités de l'appropriation des restes humains **(a)** ainsi que les effets **(b)**.

a) Les modalités de l'appropriation des restes humains

514. Le corps en décomposition, objet d'un droit de propriété – S'il a été démontré que le corps en décomposition est une chose qui circule juridiquement et qu'il est donc utile de s'approprier, il faut déterminer s'il fait l'objet d'une appropriation effective. Les incertitudes autour du statut des restes humains ont été apaisées avec la Loi du 19 décembre 2008 car il a été mis fin à la privatisation des cendres, notamment en les assimilant à la sépulture¹⁵⁸⁷, et celles-ci ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété. Par exemple, le partage des cendres n'est plus possible puisque l'article L. 2223-18-2 du Code général des collectivités territoriales régit la dispersion des cendres « dans leur totalité », dans des lieux déterminés et, surtout, publics. Elles ne peuvent en effet être dispersées dans un jardin du souvenir ou en pleine nature et, lorsqu'elles sont conservées dans une urne, le régime applicable

¹⁵⁸⁷ Voir *supra* n° 286.

à celle-ci est strict. Aux termes de l'article L. 2223-18-2 du Code général des collectivités territoriales, elle ne peut qu'être inhumée dans une sépulture, déposée dans une case de *colombarium* ou scellée dans un monument funéraire à l'intérieur d'un cimetière ou d'un site funéraire. La loi procède alors de façon négative pour mettre fin à cette privatisation, car elle ne prohibe pas expressément le fait d'inhumer l'urne dans une sépulture privée et permet de disperser les cendres sur une propriété privée¹⁵⁸⁸. Toutefois, certains éléments interrogent, comme le fait que le défunt puisse être enterré dans une propriété privée¹⁵⁸⁹. L'on pourrait en effet y voir une forme d'appropriation de la dépouille de la part du propriétaire du terrain. De manière générale, la jurisprudence n'est pas réticente à lui appliquer le régime des choses, voire d'un droit de propriété au profit de la famille, antérieurement et postérieurement à la Loi du 19 décembre 2008.

Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé qu'un « hôpital a l'obligation réglementaire de veiller à la conservation de la dépouille mortelle d'un malade décédé à la suite d'une hospitalisation. Il engage sa responsabilité vis-à-vis des proches du défunt lorsqu'il manque à ses obligations, sans pouvoir s'exonérer en prétextant que les systèmes de conservation étaient occupés »¹⁵⁹⁰. Faisant suite au pourvoi, la Cour de cassation affirme clairement que l'hôpital est tenu de veiller à la conservation des corps « en sa qualité de dépositaire »¹⁵⁹¹. Dans la même veine, un hôpital a vu sa responsabilité engagée suite à la dégradation du corps causée par une panne de climatisation à la morgue¹⁵⁹².

Plus encore, de même qu'il est acquis en doctrine que les cendres funéraires peuvent être conçues comme un bien mobilier indivis¹⁵⁹³ ou faire l'objet d'un droit de copropriété familial, la jurisprudence a pu se montrer favorable à la reconnaissance d'un tel droit sur le cadavre. Différents arrêts illustrent cette théorie au regard de la nature du droit dont le cadavre ou les cendres font l'objet. Certains jugements définissent ce droit de façon directe. Ainsi, le jugement du tribunal de grande instance de Lille rendu le 5 décembre 1996 énonce que « la

¹⁵⁸⁸ L'article R. 2213-32 du CGCT dispose que « l'inhumation dans une propriété particulière du corps d'une personne décédée est autorisée par le préfet [...] après avis d'un hydrogéologue agréé. Cet avis n'est pas requis pour l'inhumation d'une urne cinéraire ».

¹⁵⁸⁹ Articles L. 2223-9 et R. 2213-32 du CGCT.

¹⁵⁹⁰ CA Paris, 8 février 1990 ; D. 1990 IR p. 60. Dans le même sens, voir CA Rouen, 23 octobre 1996, JurisData n° 047735.

¹⁵⁹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 17 juillet 1991, n° 90-14.441 ; JCP G 1991, n° 42, IV 366.

¹⁵⁹² CA Bourges, 20 mars 2008, JurisData n° 2008-375213 ; JCP G 2009, IV 1934.

¹⁵⁹³ X. LABBÉE, « Le statut juridique du corps humain après la mort », *RGDM* 2002, p. 277 s. ; H. POPU et J.-PH. TRICOIT, « Le partage des cendres », *Deffrénois*, 2004, n° 19, p. 1285 s., spéc. 1287. *Contra*, voir notamment G. LOISEAU, « *Mortorum corpus* une loi pour le respect », art. préc.

dépouille mortelle d'un individu fait l'objet d'un droit de copropriété familial, inviolable et sacré, rendant recevable une demande de constat sur le fondement de l'art. 16-2 du code civil »¹⁵⁹⁴. Ce même tribunal a considéré, à propos d'une sépulture vidée par erreur de sa dépouille, que cette dernière « fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par les dispositions de l'article 16-1 du Code civil »¹⁵⁹⁵.

Postérieurement à la Loi du 19 décembre 2008, cette même juridiction a eu à nouveau l'occasion de confirmer cette jurisprudence suite à la disparition inexplicable d'une tombe d'un cimetière Lillois¹⁵⁹⁶. Cette solution permet au tribunal d'une part, de rappeler que le cadavre fait l'objet d'un droit réel et, d'autre part, d'affirmer que celui-ci n'est pas incompatible avec le caractère sacré de la dépouille. La cour d'appel de Paris a quant à elle jugé, le 28 janvier 2009, que « l'héritier de l'occupant d'un appartement étant saisi de plein droit des biens de celui-ci dès son décès, est responsable à raison des dommages anormaux qui ont été causés à l'appartement du dessous, souillé par des écoulements et odeurs provenant de l'appartement de l'occupant, du fait que sa dépouille mortelle est restée plusieurs jours sans être enlevée »¹⁵⁹⁷. Si la cour d'appel se garde de se prononcer sur le statut du cadavre, il ne semble pas y avoir d'obstacles à considérer que l'auteur avait la garde de la dépouille, qui ferait partie des biens dont l'héritier est saisi de plein droit et dont il est propriétaire. À ce titre, les héritiers pourraient voir à l'avenir leur responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1242 du Code civil¹⁵⁹⁸.

La famille est alors propriétaire du cadavre et dispose d'un droit de propriété particulièrement limité en raison des volontés du défunt par exemple ou, plus largement, en

¹⁵⁹⁴ TGI Lille, 5 décembre 1996 ; X. LABBÉE, « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.* 1997, p. 376 s., note sous arrêt. Voir, antérieurement, CA Bordeaux, 24 février 1890 (*Consorts Rodrigues c/ Consistoire israélite de Bordeaux*), *D.* 1891 II p. 211. Par ailleurs, cette décision constitue, avec celle concernant l'affaire *Our Body*, une des rares à employer explicitement le terme de « cadavre ». Voir L. CARAYON, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁹⁵ TGI Lille, 10 novembre 2004, *JurisData* n° 03-02059 ; X. LABBÉE, « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *D.* 2005, p. 930 s., note sous arrêt.

¹⁵⁹⁶ TGI Lille, 6 janvier 2011, *JurisData* n° 2011-000487 ; X. LABBÉE, « Les « choses sacrées » existent de nouveau en droit », *JCP G*, 2011, n° 5, 104.

¹⁵⁹⁷ CA Paris, 28 janvier 2009, n° 07/06322 ; F. ROME, « Dégâts des os... », *D.* 2009, p. 1401 s.

¹⁵⁹⁸ Dans la même veine, X. LABBÉE s'interroge sur le fait de savoir si un cadavre participant à la réalisation matérielle d'un dommage peut entraîner la responsabilité du fait des choses de la part de la personne qui en a la « garde ». Qu'advient-il lorsqu'un cadavre gisant sur la route effraye un automobiliste, ce qui cause un dommage aux personnes ou aux biens. Selon l'auteur, les tiers peuvent être détenteurs de la dépouille et peuvent engager leur responsabilité sur le fondement de l'article 1384 (ancien, 1242 nouveau) et sur le contrat de transport, contrat au régime voisin de celui du contrat de marchandises, voir X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*, p. 307.

raison de l'ensemble des interdictions et obligations légales qui entourent le corps en décomposition. Elle ne peut ainsi s'opposer au don d'organes mais également au don à la science ou au don dans une perspective artistique. Le défunt peut donc, à l'instar des éléments et produits, être rattaché à différents propriétaires.

En effet, il a été expliqué que le cadavre comme les cendres pouvaient être utilisés comme une œuvre d'art ou à des fins scientifiques. Dans ce cas, les artistes ou les universités s'approprient le corps si toutefois ils n'ont à leur charge aucune obligation de restitution. Ceci explique donc qu'ils peuvent la transformer et la détruire dans la limite, encore une fois, des dispositions légales. Il faut donc admettre que le défunt dispose de son vivant de la faculté de choisir la destination de son corps dans les limites de la loi. Les défenseurs civilistes de l'approche propriétaire du corps de la personne vivante y verraient là un transfert de propriété, effectué au même titre que pour n'importe quel bien du défunt. Le droit de propriété de la famille serait alors supplanté par la volonté du défunt de modifier la destination de son corps et cela s'exprime particulièrement concernant les éléments prélevés *post-mortem*.

515. L'appropriation des éléments et produits prélevés *post-mortem* – Les organes du défunt sont prélevés dès lors que celui-ci ne s'y est pas opposé¹⁵⁹⁹. Si l'on considère que le droit de propriété naît au moment où les éléments et produits sont détachés du corps, le défunt ne peut en être propriétaire et il faut alors conclure, dans une conception par ailleurs propriétaire du corps humain de son vivant, que ces éléments et produits ne sont pas rattachés, au moment du prélèvement, à un propriétaire. En d'autres termes, si le défunt n'a pas manifesté de volonté contraire les organes prélevés deviennent de prime abord des *res derelictae*, appropriables par le premier occupant¹⁶⁰⁰. La logique du consentement présumé au don s'apparente en effet à un abandon, en ce sens que le don est également motivé par le caractère

¹⁵⁹⁹ Sur le don d'organes, voir *supra* n° 500.

¹⁶⁰⁰ Pour une analyse contractuelle, voir G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », art. préc., spéc. p. 2554 s. : L'auteur explique que le contrat réel repose sur la remise volontaire d'une chose, qui se matérialise par le prélèvement, suite auquel le patient ne peut demander la restitution. Or, le contrat réel ne s'applique pas lorsque le prélèvement d'organe est effectué au décès car l'acte ne peut procéder d'un contrat réel. L'auteur en déduit donc que dans ce cas, « ce n'est pas alors la volonté de l'intéressé qui rend le prélèvement possible, l'idée d'un consentement présumé à défaut d'opposition exprimée étant un leurre juridique. C'est en réalité la loi qui, dans une politique favorisant le recueil d'éléments et produits du corps humain, permet leur utilisation tout en réservant la possibilité, par une réactivation de la volonté individuelle, d'y faire barrage. Dans une conception propriétaire du corps humain, l'analyse contractuelle pourrait, dans ces circonstances, être relayée par une présomption d'abandon des éléments et produits du corps humain – notamment des organes à la mort – présomption susceptible de céder devant une manifestation contraire de volonté ».

inutile de ces éléments et produits au défunt. L'abandon est la forme la plus puissante de l'*abusus* puisque le propriétaire choisit de se déposséder de son bien et, par-là, éteindre le droit de propriété dont il est titulaire. Aussi, lorsque l'appropriation par le propriétaire suivant est litigieuse, il est nécessaire de dégager certains critères permettant de s'assurer de l'intention du premier propriétaire d'abandonner son bien. V. MALABAT définit « l'abandon véritable qui rend la chose sans maître [comme] celui par lequel le propriétaire abdique son droit sur une chose qui n'a plus d'utilité pour lui et dont il se désintéresse dès lors totalement, offrant ainsi, même s'il n'en a pas clairement conscience, une potentialité d'appropriation aux autres »¹⁶⁰¹.

Ces éléments et produits pourraient être considérés comme la propriété de l'hôpital qui effectue le prélèvement et qui utilise son bien dans la limite des dispositions légales c'est-à-dire, dans cette hypothèse, aux fins de transplantation. Il faudra alors qualifier sur le plan pénal l'acte de celui qui s'empare de l'organe à d'autres fins. Si toutefois il est constaté que ceux-ci ne font l'objet d'aucune protection, cela impliquera alors que toute personne qui s'en empare dans le but, par exemple, d'un trafic, ne saurait être coupable de vol au regard d'une interprétation stricte de la loi pénale. Les organes prélevés sur le défunt comportent donc cette particularité de ne pas faire l'objet d'une appropriation effective. Il faut désormais déterminer le statut du corps lorsque l'enfant est mort-né avant d'avoir atteint le seuil de viabilité car, n'étant pas une personne, il n'est pas acquis qu'il puisse faire l'objet d'une protection identique à celle du cadavre.

516. L'enfant mort-né, objet d'un droit de propriété – Dans la continuité de l'absence de statut du fœtus, le statut de l'enfant mort-né reste incertain. Il a été démontré que l'embryon répondait à la qualification d'élément ou produit du corps humain, les éléments étant prélevés et les produits collectés¹⁶⁰². Il en va alors de même avec le fœtus non viable qui, part entière du corps de la mère comme n'importe quel autre de ses organes, entre dans la circulation juridique dès qu'il en est détaché et qu'il n'est pas en vie. Ainsi, les tissus fœtaux peuvent faire l'objet de prélèvements avec le consentement écrit de la femme¹⁶⁰³ ce qui n'est autre, ici aussi, que la manifestation de la disposition de son bien. Il reste donc la propriété de la femme, comme

¹⁶⁰¹ S. FOURNIER, *RPDP* 2016, p. 115 s., spéc. p. 117.

¹⁶⁰² Article L. 1211-2 al. 1^{er} du CSP : « Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être effectués sans le consentement du donneur » (nous soulignons).

¹⁶⁰³ Article L. 1245-2 du CSP.

tout élément ou produit détaché de son corps, celle-ci voyant toutefois son droit de propriété particulièrement limité en raison du respect dû à l'humanité de ce corps¹⁶⁰⁴.

Le Comité consultatif national d'éthique a apporté quelques précisions dans un avis du 22 septembre 2005, dans lequel il considère que le fœtus humain ne peut se voir attribuer la qualité de déchet hospitalier. Il le qualifie toutefois de *res nullius*¹⁶⁰⁵, or, celles-ci étant appropriables par le premier occupant, le fœtus pourrait donc faire l'objet d'une libre appropriation. Néanmoins, le législateur¹⁶⁰⁶, précédé par la Cour de cassation¹⁶⁰⁷, n'a pas tenu compte de cet avis car les enfants mort-nés sont soumis au régime des pièces anatomiques si toutefois un certificat d'accouchement n'a pas été délivré. Son classement dans la catégorie des déchets opératoires, à défaut de mieux, permet d'obliger l'hôpital à procéder à sa destruction. Cette pièce anatomique comporte la particularité d'être humain et surtout en vie, ce qui explique que les cendres soient dispersées dans le jardin des souvenirs¹⁶⁰⁸. En revanche, dès lors que l'enfant mort-né peut faire l'objet de funérailles il ne revêt plus ce statut, sans être une personne pour autant. L'appropriation du corps en décomposition semble ainsi pouvoir être démontrée, ce qui conforte la qualification juridique de bien malgré son caractère extra-patrimonial. Il semblerait néanmoins que les dépouilles culturelles soient soumises à un régime différent, en ce qu'il est plus protecteur.

517. Les dépouilles culturelles, biens patrimoniaux des personnes publiques – Si l'octroi, au cadavre de la personne, du régime du droit des biens peut faire débat, les cadavres anciens sont soumis à un régime différent au nom de l'intérêt des collections publiques¹⁶⁰⁹. La vente de reliques ou de momies sur le marché de l'art en témoigne, tout comme le commerce

¹⁶⁰⁴ Voir *infra* n° 516.

¹⁶⁰⁵ CCNE, Avis n° 89 du 22 septembre 2005, À propos de la conservation des corps des fœtus mort-nés. Réponse à la saisine du Premier Ministre : « même s'il est considéré d'un point de vue juridique comme une "res nullius" le fœtus doit faire l'objet du respect que l'on doit à son origine humaine. Il ne peut en aucune façon être considéré comme un "déchet hospitalier" ».

¹⁶⁰⁶ Circulaire du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus ; P. MURAT, « Circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie », *Droit de la famille*, octobre 2009, comm. n° 123. Voir antérieurement en ce sens, Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du code civil, *JO* du 22 août 2008 ; G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », art. préc.

¹⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, arrêt préc.

¹⁶⁰⁸ Sur le caractère humain de ces biens, voir *infra* n° 514.

¹⁶⁰⁹ Circulaire n° 2000/022 du 31 mai 2000, relative à la protection des tombes et cimetières au titre des monuments historiques et gestion des cimetières protégés.

des têtes Maories¹⁶¹⁰, les squelettes des hommes préhistoriques ou encore l'exposition des momies¹⁶¹¹. Il fut ainsi réclamé la restitution aux autorités sud-africaines de la dépouille de Saartje BAARTMAN¹⁶¹². Le législateur a approuvé son déclassement du domaine public¹⁶¹³, rattachant ainsi les restes humains à la catégorie des objets de droits¹⁶¹⁴. En effet, admettre une telle procédure conduit nécessairement à admettre que la dépouille est un bien public¹⁶¹⁵, avec cette particularité qu'il s'agit d'un bien humain¹⁶¹⁶ régi par le principe de dignité de la personne, qui fait naître un droit à la sépulture¹⁶¹⁷.

Dans la même veine, la réclamation à la mairie de Rouen d'une tête de guerrier Maori dont elle était propriétaire¹⁶¹⁸ a contribué à ériger un statut applicable à la dépouille ancienne. Les premiers juges ont considéré que même en l'existence d'un principe supérieur de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, les dispositions de l'article 16-1 du Code civil¹⁶¹⁹ « ne font pas obstacle “à ce que la tête maorie, du seul fait qu'il s'agit d'un reste humain”, appartienne aux collections publiques et soit ainsi soumise aux garanties qui s'y

¹⁶¹⁰ Voir par exemple X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques. Commentaire de la loi du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France têtes Maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections », *RPDP* 2011, n° 1, p. 89.

¹⁶¹¹ J.-M. BRIGAN, « Mort(s) et droit pénal », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, *op. cit.*, p. 375 s., spéc. p. 400. Voir également M. BOUTEILLE-BRIGAN et C. ROUGE-MAILLART, « Recherche(s) et cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, *op. cit.*, p. 289 s., spéc. 303 s.

¹⁶¹² Également connue sous le nom de Venus Hottentote, Saartje BAARTMAN était une esclave sud-africaine qui, au regard de son physique particulier, fut exhibée en Europe et vendue comme attraction. Elle suscita l'intérêt de nombreux scientifiques dont l'anatomiste G. Cuvier qui la disséqua après sa mort en 1815. Sa dépouille fut conservée et exposée jusqu'en 1974 au Musée de l'homme à Paris. Nelson Mandela en sollicita le rapatriement en 1994, qu'il obtint suite à la Loi n° 2202-323 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartje Baartman à l'Afrique du Sud, *JO* du 7 mars 2002.

¹⁶¹³ Loi n° 2202-323 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartje Baartman à l'Afrique du Sud, *JO* du 7 mars 2002.

¹⁶¹⁴ V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 13.

¹⁶¹⁵ En ce sens, voir G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 219 ; V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 13.

¹⁶¹⁶ Voir *infra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 1, Section II.

¹⁶¹⁷ V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 7.

¹⁶¹⁸ « Les élus, prenant appui sur le principe de dignité, décident que “cette tête, de caractère sacré, doit retourner à sa terre d'origine pour y recevoir une sépulture conforme aux rites ancestraux », Conseil municipal de la ville de Rouen, séance du 19 octobre 2007, cité par M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907 s., spéc. p. 1911. Voir TA Rouen 27 décembre 2007, *JCP G* 2008, II 10041, note C. SAJOT.

¹⁶¹⁹ Article 16-1 du Code civil : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

attachent (dont l'inaliénabilité et partant l'impossibilité de disposer de ces biens) »¹⁶²⁰. La cour administrative d'appel de Douai affirma également la prévalence de la propriété publique sur l'article 16-1 du Code civil, mais en estimant que « les différents ressorts de protection issus du code du patrimoine “qui rendent inaliénables les biens d'une personne publique constituant une collection des Musées de France, placent ces biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du Code civil” »¹⁶²¹, neutralisant ainsi toute possibilité de restitution¹⁶²². Il s'agit ici d'une inaccessibilité d'affectation et non, comme l'article 16-1 y conduirait, d'une inaccessibilité due à la nature de la chose¹⁶²³.

Le cadavre comme les cendres peuvent faire l'objet d'un droit de propriété au profit de la famille¹⁶²⁴ mais également du destinataire du corps en fonction des volontés du défunt. Ainsi, un hôpital pourra en être propriétaire si le défunt a souhaité donner son corps à la science. Ce droit de propriété a ceci de particulier qu'il est extrêmement restreint, soit en raison, par exemple, des dispositions relatives aux funérailles ou aux conditions relatives à la conservation des cendres, soit parce que le propriétaire ne peut détériorer son bien sous peine de se rendre coupable d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Il faut alors analyser les effets de cette appropriation, notamment au regard des réticences à qualifier le corps en décomposition de bien, malgré le fait que ce statut puisse se révéler protecteur.

¹⁶²⁰ M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », art. préc., spéc. p. 1911.

¹⁶²¹ Article L. 451-5 du Code du Patrimoine : « Les biens constituant les collections des musées de France appartenant à une personne publique font partie de leur domaine public et sont, à ce titre, inaliénables ». Voir par exemple C. SAUJOT, « Inaliénabilité reconnue aux collections muséales : le recours à la procédure de déclassement doit être respectée », *JCP A* 2008, p. 38 s.

¹⁶²² M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », art. préc., spéc. p. 1911. Sur les biens mobiliers appartenant aux personnes publiques, voir F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, 2017.

¹⁶²³ Il est à noter que la personne publique propriétaire d'une collection peut déclasser celle-ci et la vendre à des personnes privées, ce qui aurait pour effet de modifier le statut de ces restes humains qui deviendraient aptes à un échange économique et donc des biens patrimoniaux.

¹⁶²⁴ Concernant le régime applicable à la dépouille, X. LABBEE propose de la rattacher au régime des souvenirs de famille, inaccessibles et insaisissables, ce qui ferait de chaque membre de la famille un ayant-droit pouvant agir en réparation d'une atteinte portée à la dépouille. X. LABBÉE, « Cadavre(s) et Lois bioéthiques », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, op. cit., p. 313 s., spéc. p. 322. Voir également, du même auteur, « La dévolution successorale des restes mortels », *AJ famille* 2004, p. 123 s., spéc. p. 124 : le terme de « copropriété » familiale trouverait à s'appliquer en ce que ce mode de propriété exclut l'idée d'un partage. En ce sens, voir également TH. LAHALLE, *La qualification juridique du corps humain*, art. préc., p. 177 s. L'auteur propose également de la considérer comme une sûreté mobilière, voir p. 179 s. Toutefois, il n'est pas aisé de concevoir la famille comme une entité propriétaire car celle-ci n'est pas une personne juridique titulaire de droits subjectifs, sauf à considérer, avec SAVATIER, que la famille peut constituer une personne morale, voir SAVATIER, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.H* 1939, chron. n° 49. La personnification de la famille est ici fondée sur le pouvoir dont dispose chaque membre et qui s'apparente au lien juridique existant entre un organe d'une personne morale et cette dernière.

b) Les effets de l'appropriation du corps réifié

518. Les réticences à l'appropriation des restes humains – Appliquée au corps humain, la qualification de bien peut être perçue comme préjudiciable. G. LOISEAU explique par exemple, au sujet de la pérennité de la conception propriétaire de la dépouille et des cendres après la Loi du 19 décembre 2008, qu' « il [n'en] était [pas moins] laissé libre cours, sur fond d'une telle nature mobilière, à toutes sortes d'errements qui ont essentiellement concerné les cendres funéraires, celles-ci ne faisant l'objet – à la différence du cadavre inhumé – d'aucune règle protectrice »¹⁶²⁵. Il est vrai que cette qualification n'est pas exempte de critiques, notamment en ce que le régime applicable aux restes humains comportait des faiblesses. Ainsi, l'urne remise à un particulier « peut changer de mains, de place, sans garantie, au gré de ceux qui la recueillent ou de ses déplacements »¹⁶²⁶. Or, cela ne signifie pas pour autant que le régime des biens lui serait préjudiciable car, en pareille hypothèse, la qualification de vol pourrait s'appliquer tout comme celle d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Enfin, si l'urne est assimilée à la sépulture, les cendres, elles, se voient appliquer le régime du cadavre. En réalité, les faiblesses des dispositions légales antérieures provenaient essentiellement de l'absence de statut défini et, par extension, de l'absence d'un régime construit et uniformisé. Les incertitudes autour du statut juridique du cadavre et des cendres ne pouvaient que conclure à des carences dans son régime. L'opportunité de la qualification de bien dépend en réalité de la définition que l'on en retient et se voit confirmée par certaines applications jurisprudentielles, qui témoignent d'une certaine protection octroyée par le droit pénal.

519. L'opportunité de la qualification de bien appliquée aux restes humains – Tout d'abord, certaines solutions jurisprudentielles témoignent de ce que la qualification de bien, du moins en ce qu'elle permet la protection du droit pénal, reste la plus protectrice. Dans un arrêt du 25 décembre 2000¹⁶²⁷ la Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel qui qualifie de vol la profanation d'une tombe et la soustraction d'objets entreposés à l'intérieur. Le propriétaire reste non identifié mais cela ne constitue pas un obstacle car la Cour s'appuie simplement sur le fait que les auteurs savaient que ces objets ne leur appartenaient pas, peu important l'identité du propriétaire. Le délit de vol nécessite pour sa constitution que l'objet

¹⁶²⁵ G. LOISEAU, « *Mortorum corpus* : une loi pour le respect », art. préc., spéc. p. 236.

¹⁶²⁶ *Ibidem*.

¹⁶²⁷ Cass. crim. 25 octobre 2000, arrêt préc.

soit approprié, ce qui implique à tout le moins de s'assurer de la présence d'un propriétaire. Cette solution pourrait s'expliquer par le fait que les biens sont des choses susceptibles d'appropriation¹⁶²⁸ mais il a été démontré que sauf exception, et notamment en matière de vol, la chose doit être effectivement appropriée¹⁶²⁹. Cette explication ne saurait donc emporter satisfaction. Il semblerait en réalité que les juges aient opté pour cette qualification car elle permet de retenir une sanction plus élevée que l'infraction d'atteinte à la sépulture s'accompagnant d'une atteinte à l'intégrité du cadavre, qui ne s'élève qu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Cette solution, approximative en ce qu'elle étend l'élément matériel du vol de façon critiquable, témoigne du fait que la qualification de bien serait davantage adaptée et plus protectrice envers les restes humains. La Haute juridiction semble en effet avoir opté pour une solution opportuniste, faute de qualification et de sanction adaptée. Concevoir le régime des biens de la sorte permet de conférer une protection plus efficace aux restes humains car les restes mortels bénéficient ainsi d'un régime uniforme, ainsi que de la protection accordée par le droit pénal des biens. Il faut alors déterminer le régime qui leur est applicable car il n'en reste pas moins que ce sont des biens particuliers.

Ensuite, la qualification de bien n'a pas à être préjudiciable. Il résulte des démonstrations précédentes que d'une part, l'appropriation n'emporte pas la patrimonialisation et, d'autre part, que la disposition des biens n'est pas absolue puisque le législateur peut imposer des limites plus ou moins importantes à l'exercice des droits du propriétaire. Les développements précédents ont conclu à la dissociation entre commercialité et patrimonialité, or cette approche permet d'expliquer que le cadavre et les cendres puissent faire l'objet de droits et être rangés dans la catégorie des biens sans pour autant faire partie du patrimoine des vivants ou faire l'objet d'une évaluation pécuniaire¹⁶³⁰. Ce n'est pas parce que la disposition d'une chose est limitée qu'elle n'est pas un bien mais c'est parce qu'elle est un bien qu'il est nécessaire d'en limiter la disposition. Cette libre disposition de principe, notamment par les familles, se voit réglementée par les actes précédemment étudiés et relevant de la volonté du défunt de son

¹⁶²⁸ A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, op. cit., p. 243.

¹⁶²⁹ Voir *supra* n° 493.

¹⁶³⁰ *Contra*, voir notamment G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, art. préc., p. 213 s., spéc. p. 218 s. L'auteur déduit de la qualification de « copropriété familiale » que la dépouille est intégrée dans le patrimoine des vivants, le conduisant donc à rejeter cette qualification ainsi que celle d'objet de droits. Pourtant, la dépouille peut faire l'objet d'un droit de propriété sans pour autant faire partie du patrimoine des vivants et ainsi échapper au caractère cessible, saisissable et transmissible. L'auteur explique l'approche propriétaire de la dépouille par la reconnaissance, acquise, d'un droit de propriété sur le tombeau, la sépulture et les urnes cinéraires, qui se serait propagé par voie d'accession au cadavre.

vivant, ou de la loi, qui imposent par exemple des autopsies ou un mode de funérailles déterminé. Or, ces conventions constituent autant de limites au droit de propriété de la famille sur le cadavre et, plus encore, peuvent parfois les priver de ce droit. En effet, bien que ces pratiques ne reçoivent pas toujours l'approbation des propriétaires, ceux-ci n'ont d'autre choix que d'accepter la finalité à laquelle leur bien se destine.

Les analyses précédentes ont démontré que le corps réifié fait l'objet de droits car divers actes juridiques sont conclus au regard des utilités qu'il comporte. La circulation juridique du corps doit toutefois s'accompagner d'une appropriation effective afin d'accéder au statut de bien. Il a donc été démontré que les restes humains ainsi que les éléments et produits du corps étaient reliés à un propriétaire qui diffère selon la destination du bien, sauf à se voir frappés d'une extra-commercialité absolue. Ce droit de propriété a donc pour objet un bien humain, qui comporte des particularités que le droit des biens va devoir intégrer.

§ 2 - L'humanité du corps réifié

520. L'appréhension difficile de l'humanité de la dépouille mortelle – Bien que le corps réifié fasse l'objet d'un droit de propriété, il s'agit d'un bien spécial. Concernant les restes humains, la Loi du 19 décembre 2008¹⁶³¹ a constitué une première avancée en la matière¹⁶³² puisque l'article 16-1-1 du Code civil dispose désormais que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Les termes employés renvoient à la protection de la personne, et les difficultés tiennent à la nature humaine de ce substrat, corps mort de celui qui a été mais qui n'est plus¹⁶³³. Si la thèse de la personnification du cadavre n'emporte pas l'adhésion, il n'en reste pas moins que la

¹⁶³¹ Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, *JO* du 20 décembre 2008.

¹⁶³² Voir par exemple H. POPU et J.-PH. TRICOIT, « Le partage des cendres », art. préc. p. 410 ; I. COPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire. Variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Droit de la famille*, février 2009, étude n° 15 ; X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière : à propos de la loi du 19 décembre 2008 », art. préc. ; G. LOISEAU, « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », art. préc.

¹⁶³³ G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, art. préc., spéc. p. 215 : « l'humanité de l'individu qui a été laisse une trace indélébile [...] la qualification de chose du cadavre ne correspond pas intellectuellement à la représentation que l'on se fait d'un être humain qui a été et qui n'est plus ».

doctrine est divisée sur la qualification à donner à ces particularités. Chose sacrée¹⁶³⁴, chose corporelle¹⁶³⁵, chose objet de respect¹⁶³⁶, le cadavre fait l'objet de qualifications multiples.

521. L'appréhension difficile de l'humanité des éléments et produits du corps - De la même manière, la nature humaine des éléments et produits du corps est généralement considérée comme un obstacle à leur appropriation. S'il n'en est pourtant rien, leur nature humaine peut être source de contradictions. Ils appartiennent en effet à la catégorie juridique des biens mais leur caractère humain entre en contradiction avec les règles indifférenciées du droit pénal des biens. Tout comme les restes humains, les éléments et produits sont des choses dont le régime va emprunter d'une certaine manière à celui de la personne.

La doctrine tente d'intégrer cette nature humaine en droit des biens en proposant des fondements particuliers à la protection du corps réifié (**A**), desquels il découle un régime spécifique adapté à l'humanité de ces biens (**B**).

A. Les fondements particuliers de la protection des biens humains

522. Convergence des fondements spécifiques – Les biens humains peuvent recevoir plusieurs qualifications justifiant l'attention particulière que le droit leur accorde. Le cadavre peut être considéré comme appartenant à l'humanité « car il fut humain et quelque chose de cette humanité demeure en lui. On ne saurait donc le traiter ni, moins encore, l'exposer comme un simple objet ou un déchet sans valeur »¹⁶³⁷. Il est indéniable que les éléments et produits du corps ainsi que le corps en décomposition, qu'il soit chair, ossements ou cendres, revêtent quelque chose de l'ordre de l'intouchable, dont les origines peuvent être recherchées dans diverses notions, mêlant dignité, sacré ou plus simplement humanité. Toutes concourent à fonder la spécificité de cette chose. Certaines notions se montrent relativement inadaptées au corps, soit parce qu'elles ne sont plus en conformité avec la formulation des textes, soit parce qu'elles ne peuvent être véhiculées par ce corps.

¹⁶³⁴ Voir notamment en ce sens X. LABBÉE, « Cadavre et lois bioéthiques », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, art. préc., p. 213 s.

¹⁶³⁵ Voir notamment A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », art. préc., p. 189 s.

¹⁶³⁶ Voir notamment G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., p. 213 s.

¹⁶³⁷ B. EDELMAN, « Morts à crédit », *D.* 2009, p. 2019 s., spéc. p. 24.

523. Annonce de plan – En réalité, il est possible de les rassembler sous la protection de leur humanité. Qu'il soit représenté par les éléments ou produits ou par les restes humains, le corps réifié prend plusieurs formes, qui ont toutes en commun leur nature humaine. Ainsi, le sacré et la dignité sont des notions inadaptées au corps réifié (1), tandis que l'humanité constitue le fondement de la protection de ces biens (2).

1) Le sacré et la dignité, notions inadaptées au corps réifié

524. Les restes humains, des choses sacrées – D'origine religieuse, la notion de sacré a toujours justifié le respect dû au cadavre. La doctrine contemporaine, comme la jurisprudence, se sont appropriés cette notion et le cadavre apparaît parfois comme une chose sacrée¹⁶³⁸. V. VARNEROT explique que cette notion vient pallier celle d'indisponibilité du corps humain, applicable au corps de la personne¹⁶³⁹. Bien que n'ayant jamais été consacré par le législateur, le principe d'indisponibilité justifie la qualification de choses hors commerce juridique¹⁶⁴⁰. L'extra-commercialité résulte par exemple de l'ensemble des dispositions encadrant le traitement du cadavre, guidé notamment par des considérations d'hygiène et de santé publique¹⁶⁴¹ mais également par le respect témoigné aux familles. Le caractère sacré du cadavre ou des cendres ne constitue pas le rempart contre les atteintes des tiers mais a donné naissance aux dispositions législatives qui, elles, construisent et maintiennent la protection du corps en décomposition. En effet, les développements précédents ont montré que sauf à être frappées d'une extra-commercialité absolue, toutes les choses sont dans le commerce de façon plus ou

¹⁶³⁸ Voir notamment J.- P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, op. cit. p. 31 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 2^{ème} PUF, 2017, p. 407 ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2005, spéc. p. 32. ; H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée*, L'Harmattan, 2009 ; B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.* 2010, p. 2754 s. ; J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain comme valeur sociale pénalement protégée », art. préc.

¹⁶³⁹ V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 13.

¹⁶⁴⁰ Cette extra-commercialité juridique fait que le cadavre appartiendrait d'une part à la catégorie des choses hors commerce par nature, dont les choses dangereuses et, d'autre part, à celle des choses hors commerce par destination, dont les choses d'affectation familiale, voir V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 13. Sur ces catégories, voir G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., p. 47 s.

¹⁶⁴¹ V. VARNEROT en déduit que « ce faisant, c'est un autre droit subjectif du défunt qui cède : le principe de nécessité de la sépulture s'analyse moins dans un droit à sépulture que dans une obligation à sépulture », V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », art. préc., spéc. p. 13.

moins limitée. Le caractère sacré du cadavre et des cendres en fait donc des choses dont la commercialité est limitée, du fait de leur nature.

Pourtant, sans dénier les spécificités liées au cadavre et aux cendres, la notion de chose sacrée ne semble plus correspondre à la perception actuelle du cadavre. A. GAILLIARD démontre ainsi que le sacré s'attache, à l'origine, à la sépulture et consiste essentiellement à admettre une séparation entre les vivants et les défunts¹⁶⁴². L'auteur démontre qu'un tel raisonnement que le cadavre « est une chose, mais il a été une ancienne personne [...] La thèse de la sacralité conduirait à une impasse : comment justifier que ce qui porte atteinte à une chose sacrée (la personne, relevant du domaine profane) puisse devenir une chose sacrée du fait du simple décès ? »¹⁶⁴³. G. LOISEAU considère par exemple que « si le sens du sacré a certainement accompagné le traitement du cadavre, et demeure encore présent dans la condition *post-mortem* du corps humain, il n'en est pas, ou n'est plus, la valeur cardinale. La désocialisation de la mort a entraîné une désacralisation du mort »¹⁶⁴⁴, ce qui explique que le Code civil n'intègre plus le sacré mais la notion de dignité. Ce n'est pas à dire que le cadavre est une chose comme les autres mais que son respect passe désormais par son caractère humain. Il faut alors puiser dans d'autres notions pour identifier ce qui justifie le régime applicable à ces restes humains, à commencer par la dignité.

525. L'exclusion de la dignité – Les développements précédents ont mis en avant que d'une part, le cadavre et les cendres ne pouvaient être porteurs de la « valeur sociale dignité », et que d'autre part, cette notion comportait un caractère subjectif. Il en va alors de même avec les éléments et produits du corps humain. Réifiés, appropriés, ils ne sauraient être porteurs d'une valeur sociale rattachée à la personne. Ensuite, il faut rappeler que le fait d'invoquer la dignité d'une chose n'a que peu de sens puisqu'il s'agit d'une notion qui permet à un être d'asseoir sa liberté individuelle¹⁶⁴⁵. En outre, même s'il est préféré une conception objective de la dignité, il semble contradictoire d'appliquer cette notion aux éléments et produits ou au cadavre puisqu'elle est censée faire obstacle à la réification. Dès lors, comment expliquer que la jurisprudence fonde parfois la protection du cadavre sur l'article 16-1-1 du Code civil, qui mentionne expressément la dignité du cadavre ?¹⁶⁴⁶. Ces développements ne permettent pas de

¹⁶⁴² A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, op. cit., p. 47.

¹⁶⁴³ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁴ G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 214.

¹⁶⁴⁵ Voir *supra* n° 294 s. et n° 433.

¹⁶⁴⁶ Voir notamment, sur l'exposition *Our Body*, Cass. civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, arrêt préc.

conclure que le corps réifié n'est pas porteur d'une valeur sociale universelle mais la dignité n'est pas adaptée, en ce qu'elle est rattachée à la personne.

Il faut alors déterminer quel fondement, autre que la « valeur sociale propriété », explique que l'atteinte au corps réifié peut être constituée même en l'absence de propriétaire, à l'instar de l'affaire *Our Body*. C'est ainsi qu'il sera démontré que les restes humains sont protégés en vertu de ce qu'ils constituent par nature à savoir un support de l'humain, valeur sociale suprême.

2) L'humanité, fondement de la protection du corps réifié

526. Les restes humains, substrats de l'humanité – Cette étude a démontré que parmi toutes les valeurs sociales véhiculées par le corps, l'humain en constituait la composante suprême en ce qu'il réunit sous sa coupe toutes les valeurs sociales¹⁶⁴⁷. L'humain se décline dans le Code pénal en la personne humaine¹⁶⁴⁸, prise en sa dimension individuelle, ainsi qu'en l'humanité et en l'espèce humaine¹⁶⁴⁹, qui représentent la personne dans sa dimension collective. Toutes ces entités convergent vers l'humain, dont les restes ne sont autres que des supports. En effet, si le corps personnifié véhicule les « valeur sociale vie » et « valeur sociale intégrité physique », les éléments et produits du corps humain tout comme le corps en décomposition véhiculent l'humanité. En réalité, les qualifications de chose sacrée, objet de respect ou encore substrat humain concourent toutes à révéler les spécificités liées au caractère humain du cadavre¹⁶⁵⁰. L'intangibilité du cadavre et des cendres se justifie par exemple, selon G. LOISEAU, par le fait que « le droit garde la mémoire de l'essence humaine du cadavre »¹⁶⁵¹, indépendamment de l'existence d'une famille ou du temps qui s'est écoulé et il en va de même pour les éléments et produits.

¹⁶⁴⁷ Voir *supra* n° 129 et *infra* n° 526.

¹⁶⁴⁸ Livre II, Titre I du Code pénal.

¹⁶⁴⁹ Livre II Titre I du Code pénal.

¹⁶⁵⁰ G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 217 : « Plus généralement, c'est le traitement du cadavre qui s'organise sur le mode de règles prescriptives, qu'il s'agisse de déterminer la destination de la dépouille mortelle ou de réglementer les actes dont elle peut être auparavant l'objet, tels que le prélèvement d'organes, l'expérimentation... Ces règles n'ont pour marqueur que l'humanité de l'être qui n'est plus, sans n'avoir plus d'égard pour la personne juridique, le sujet de droit qui a été ».

¹⁶⁵¹ G. LOISEAU, « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », art. préc., spéc. p. 228.

Ni la dignité ni le sacré n'étant retenus pour justifier la protection du corps mort, seule la dimension humaine du corps est à même de justifier la répression des atteintes qui lui sont portées, même en l'absence d'un droit de propriété. L'humanité constitue cependant une valeur sociale dont l'étendue est tout aussi considérable que celle de la dignité. Il ne s'agit pas alors ni d'en faire le fondement direct de la protection du corps réifié, comme tel est le cas pour le cadavre en droit positif, ni de consacrer à cette valeur sociale une partie du Code pénal. En effet, cela serait tout aussi critiquable que la manière dont le droit pénal se saisit de la dignité. Par exemple, puisque l'humanité est intrinsèque au corps l'on verrait mal pourquoi seules certaines incriminations seraient regroupées sous la « valeur sociale humanité », que le législateur devrait au préalable reconnaître comme telle. Cette valeur permet en réalité d'expliquer comment, si le cadavre et les éléments et produits ne peuvent être protégés au nom de la dignité, certaines atteintes sont réprimées même en l'absence de propriétaire¹⁶⁵². L'humanité est en réalité une valeur sous-jacente, intrinsèque au corps et qui permettra de faire appel à l'autonomie du droit pénal dans ces hypothèses.

527. L'extension des incriminations – Ceci explique alors que le corps en décomposition soit protégé même en l'absence de propriétaire. Si l'on exclut une protection sur le fondement de la dignité, l'exposition *Our Body* pourrait tout de même être réprimée sur le fondement, par exemple, d'atteinte à l'intégrité du cadavre ou sur le fondement du principe de non-patrimonialité du corps humain, qui devra donc trouver une traduction pénale¹⁶⁵³. Cette humanité du corps ne peut alors fonder une protection généralisée mais justifier l'appel à une interprétation extensive de la part du juge pénal. Elle explique également toutes les limites auxquelles ce droit de propriété est soumis, qui sont fondées sur ce caractère humain. De manière générale, qu'en est-il des défunts n'ayant plus de famille ? L'hypothèse s'est présentée suite à l'ouverture de tombeaux afin de retirer les ossements des prêtres¹⁶⁵⁴ alors même que les cadavres n'avaient plus de famille. L'atteinte à l'intégrité du cadavre peut être fondée uniquement sur l'humanité qu'il véhicule, ce qui exclura certaines infractions applicables aux biens. Le tribunal a considéré que « les ossements rassemblés dans un caveau, une crypte, un dépositaire, un cimetière, ne constituent pas des “*res derelictae*” et qu'à défaut des familles,

¹⁶⁵² Cette hypothèse s'appliquera également en matière de cession des éléments et produits à titre onéreux, voir *infra* n° 555.

¹⁶⁵³ Sur les différentes qualifications proposées pour les atteintes à l'intégrité du cadavre, voir *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

¹⁶⁵⁴ Trib. corr. Nice, 22 décembre 1952 ; *D.* 1953, jurispr. p. 139.

les autorités religieuses qui en assurent la garde en ont pour le moins une détention dont elles ne peuvent être privées que par un acte constituant une soustraction frauduleuse ». L'ancien article 379 du Code pénal alors applicable disposait que « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol ». L'identité du propriétaire est indifférente et, aux termes de cet article, le seul fait que ces ossements n'appartenaient pas aux auteurs suffisait à qualifier l'infraction et explique que la détention d'une chose puisse être suffisante pour constituer une atteinte à la « valeur sociale propriété ». L'atteinte à la « valeur sociale propriété » repose plus sur le fait de s'être emparé de quelque chose dont l'auteur n'est pas propriétaire que sur le fait d'avoir porté atteinte à un droit de propriété dont le titulaire est identifié. En outre, dans cette hypothèse l'article 225-17 du Code pénal serait probablement appliqué, avec les problématiques précédemment soulevées relatives à la faiblesse de la sanction encourue, appliquée de manière indifférenciée quelle que soit la gravité de l'acte¹⁶⁵⁵.

En réalité, à ce droit de propriété subjectif d'ajoutent des dispositions relevant du droit objectif, tel l'article 16-1-1 alinéa 2 du Code civil. En matière pénale, la « valeur sociale propriété » provient du droit objectif et elle s'accompagnera donc de la « valeur sociale humanité » pour fonder l'intervention pénale en cas d'atteinte. L'on peut alors imaginer qu'en cas de soustraction d'ossements, si le vol est une infraction cette qualification pourra éventuellement trouver application. Les juges pourraient en effet raisonner de la même manière et considérer que l'État est le gardien de la dépouille.

L'objectif du législateur est de conférer au corps réifié une protection d'ordre public, qu'elle soit fondée sur la notion de sacré, de dignité, ou simplement d'humanité. Le cadavre, les cendres ainsi que les éléments et produits prélevés *post-mortem* peuvent être qualifiés de bien humain, ce qui nécessitera l'adaptation du régime qui leur est applicable.

¹⁶⁵⁵ L'article 225-17 du Code pénal sanctionne en effet l'atteinte à l'intégrité du cadavre d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La violation ou la profanation de tombeau, sépulture, urne cinéraire ou monument édifié aux morts accompagnée d'une atteinte à l'intégrité du cadavre est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

B. Le régime spécifique des biens humains

528. La modulation du droit des biens – La définition du bien affranchie de la notion de patrimonialité a permis d'intégrer le corps réifié dans cette catégorie juridique et ainsi d'envisager l'application du régime qui lui correspond. L'humanité de ce bien va inévitablement influencer le régime applicable, qui doit alors s'adapter à la nature particulière de l'objet de droit. Afin de lever cet obstacle il faudra concilier l'utilisation de ce bien et le respect qui lui est dû en tant que substrat de l'humain. Différentes théories sont avancées pour répondre à cet impératif, aussi faudra-t-il déterminer si le droit pénal des biens peut s'adapter aux particularités du corps humain.

529. Annonce de plan - Les obstacles rencontrés résident dans la contradiction entre la réification et l'humanité du corps (1) mais le droit pénal des biens peut s'adapter de sorte à concilier les deux (2).

1) *La contradiction entre réification et humanité*

530. La contradiction entre la nature et le régime du corps réifié – La nature juridique d'un objet de droit se voit appliquer le régime juridique de la catégorie à laquelle il appartient. Il a été démontré au fil de cette étude que le corps humain constitue le substrat de la personne et que le régime qui lui est applicable est tributaire des valeurs sociales qu'il véhicule. Les supports de ces valeurs sont rattachés à une catégorie juridique préexistante, les choses ou les personnes, et bénéficient du régime applicable à cette catégorie. Si ce raisonnement a permis jusqu'ici d'appliquer au corps personnifié un régime en adéquation avec sa nature¹⁶⁵⁶, il en va autrement du corps réifié. Dans le cas des corps dépersonnalisés, leur nature de chose soulève peu de difficultés mais, comme l'a démontré G. LOISEAU, le régime des biens leur est inadapté¹⁶⁵⁷, du moins lorsqu'ils sont conçus dans une dimension marchande et patrimoniale.

Sous cet angle, la nature humaine du corps dépersonnalisé entre en effet en contradiction avec le régime des biens car il n'est ni la personne ni un bien patrimonial. En d'autres termes, d'une nature de chose il ne peut pas en adopter le régime et, d'une nature humaine il ne peut

¹⁶⁵⁶ Voir *supra*, Partie II, Titre I.

¹⁶⁵⁷ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc.

pas être traité comme une chose. L'obstacle majeur qui surgit lorsque l'on cherche à appliquer un régime au corps personnifié réside alors non pas dans sa qualification de chose ou de personne mais dans le fait que sa nature se dédouble. Toutes les règles applicables convergent vers la qualification juridique de chose mais celle-ci se double d'un caractère humain, inhérent à l'objet qualifié. En ce sens, CORNU explique que les éléments et produits du corps humain ne sont certes pas la personne mais que « même séparés du corps, ils gardent l'empreinte de leur humanité »¹⁶⁵⁸.

531. L'inadaptation du régime des biens patrimoniaux – Les réticences principales proviennent du fait que les biens sont assimilés à des objets commerciaux¹⁶⁵⁹. « La primauté de la personne et le respect de sa dignité s'opposent en effet à concevoir le corps comme un simple réceptacle, un réservoir d'organes dont chaque individu pourrait disposer librement en considération de leur utilité »¹⁶⁶⁰. La protection de la personne humaine justifie par exemple le principe de gratuité, qui n'aurait donc pas sa place dans les règles applicables aux biens puisque ceux-ci ont une valeur marchande. Or, le respect dû à ces choses de nature humaine fait obstacle à leur circulation dans le commerce économique ce qui, si les notions de bien et de patrimoine sont rattachées, rend incompatible la qualification juridique de bien avec le corps réifié¹⁶⁶¹. De manière générale, il n'est pas réaliste de soutenir que les éléments et produits du corps humain ne font pas l'objet de conventions voire sont indisponibles car le corps réifié fait l'objet de conventions à titre gratuit, voire à titre onéreux¹⁶⁶². Il n'est pas non plus souhaitable de les inclure dans les biens patrimoniaux mais il a été observé que cette qualification n'était pas

¹⁶⁵⁸ G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, 12^{ème} édition, Montchrestien, 2005, cité par R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁵⁹ G. LOISEAU considère ainsi que, concernant les choses « qui se situent au point de tangence entre les personnes et les choses, il ne saurait être question de les placer sous la coupe du droit des biens, au risque qu'elles soient traitées en objets commerciaux » G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3017.

¹⁶⁶⁰ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 48.

¹⁶⁶¹ En ce sens, voir notamment G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3016. De même, l'auteur relève que le respect de l'embryon est garanti dès le moment de sa conception mais, ni la loi ni la jurisprudence ne lui ayant accordé le statut de personne, il est alors « refoulé dans le domaine des choses ». Ce constat suscite des réticences car le droit des biens conduirait à en faire un objet « instrumentalisé en considération de ses utilités »

¹⁶⁶² En ce sens, voir par exemple TH. LAHALLE, *La qualification juridique du corps humain*, *op. cit.*, p. 181 s. ; B. BEIGNIER, « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1994, p. 13 s. ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489 s. ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. . Dême auteur, voir « Pour un droit des choses », art. préc. ; « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », art. préc.

indispensable à l'application du droit pénal des biens. Si le corps réifié peut se voir appliquer le droit pénal des biens, cela nécessitera donc de concilier sa nature de bien avec son humanité.

2) *La conciliation entre réification et humanité*

532. La reconnaissance de l'humanité du corps par le droit des choses – Que le corps soit considéré comme une chose ou comme un bien, les auteurs s'intéressent à la question car « le droit n'a pas donné de nom au lien qui unit la personne aux “choses” extrapatrimoniales »¹⁶⁶³. G. LOISEAU propose de distinguer les choses écartées du droit des biens et les choses protégées du droit des biens. L'embryon, le fœtus ainsi que le cadavre et les cendres entrent dans la première catégorie en ce qu'ils « échappent, juridiquement, à la main de l'homme » car ils ne peuvent faire l'objet de droits¹⁶⁶⁴. Les éléments et produits du corps humain font quant à eux l'objet de conventions mais ne peuvent pour autant se voir appliquer « les règles indifférenciées du droit des biens »¹⁶⁶⁵, notamment en ce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Ils « ont la condition d'objet de droit et le régime des choses appropriées » mais, parallèlement, le respect de la personne impose de les préserver de cette condition¹⁶⁶⁶. G. LOISEAU analyse ce rapport sous l'angle d'un droit des choses, qui « permettrait, d'un côté, d'y installer des choses qui échappent juridiquement à la main de l'homme en accommodant leur régime à leur spécificité et, d'un autre côté, de recevoir des choses, certes appropriées, mais qui ne se suffisent pas des règles indifférenciées du droit des biens afin de leur faire profiter en elles-mêmes et pour elles-mêmes de mesures protectrices isolées du droit des biens »¹⁶⁶⁷. Dans cette conception, « le droit des biens conserverait bien sûr la gestion patrimoniale des choses appropriées ; mais il y aurait cet autre côté de certaines choses, où on ne les regarde pas comme des objets de droit »¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶³ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc., spéc. p. 611.

¹⁶⁶⁴ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3017. L'embryon et le fœtus se situent « au point de tangence entre les personnes et les choses » et, quant au corps en décomposition, « le passage de la personne à la chose se fait toujours dans le souvenir de cette personne ». Du fait de leur caractère humain ces différents corps doivent alors être écartés de la propriété.

¹⁶⁶⁵ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3016.

¹⁶⁶⁶ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3020.

¹⁶⁶⁷ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3015. *Contra*, voir F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 27. Les auteurs considèrent qu'il ne s'agit ni plus ni moins que de « revigorer l'antique distinction des choses appropriées et des choses non appropriées », et que « cet effort est sans objet pour peu que l'on veuille bien considérer le caractère patrimonial qui a été injustement attribué au droit de propriété ».

¹⁶⁶⁸ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. préc., spéc. p. 3021.

Il ne s'agit pas de remettre en cause ces constats puisque le corps humain ainsi que ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. En confondant la circulation de ces choses, donc leur commercialité juridique, avec la patrimonialité, il est indispensable de les protéger du droit des biens. En revanche, en dissociant, comme il l'a été proposé, commercialité et patrimonialité, rien n'empêche de les concevoir comme des biens tout en les protégeant d'un droit patrimonial.

533. L'effectivité du régime juridique des biens – En réalité, ces théories concourent à adapter à la nature humaine du corps réifié le régime qui lui est appliqué. Celle-ci commande que quels que soit les actes effectués sur le corps ou avec le corps ceux-ci doivent se faire dans le respect de la personne humaine. Les différents régimes proposés et notamment la reconnaissance d'un droit des choses peuvent trouver satisfaction au travers de la qualification de bien, et plus particulièrement de bien humain. Les objectifs resteraient identiques à savoir prendre en compte ces spécificités, mais admettre la qualification de bien permettrait de faire entrer le corps réifié dans une catégorie juridique préexistante. Nul besoin alors de reconnaître une nouvelle catégorie juridique puisque la qualification de bien, en tant que chose appropriée dépourvue de valeur pécuniaire et de caractère patrimonial, remplirait les mêmes fonctions.

Ce n'est pas tant que le corps réifié doit être protégé du droit des biens, c'est que celui-ci doit s'adapter à cet objet de droit. Or, cela est rendu possible dans la mesure où l'on considère que le propriétaire dispose de son bien dans les limites légales. Le corps réifié peut recevoir cette qualification tout en étant exclu du marché économique ainsi que des biens patrimoniaux car les limites légales résident dans les articles 16 et suivants du Code civil, qui sont d'ordre public. En outre, cette conception répond aux évolutions incessantes auxquelles le corps contraint le législateur¹⁶⁶⁹. Cette étude a démontré que le corps était l'un des objets les plus évolutifs qu'ils soient, tant dans les possibilités scientifiques qu'il offre que dans les rapports que la personne entretient avec lui. Partant, les règles qui lui sont applicables doivent pouvoir s'adapter à cette évolution et cette exigence se retrouve inévitablement dans le contenu du droit de propriété dont il fait l'objet. Si, à l'avenir, le don de certains éléments et produits du corps venait à être prohibé, la personne en serait toujours propriétaire mais une limite légale à l'exercice de son droit aura été ajoutée. Le régime du droit des biens ne serait alors plus défavorable au corps mais, au contraire, constituerait un ensemble de règles mises à profit pour

¹⁶⁶⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II.

protéger ces biens tout en respectant leur nature humaine. Les deux aspects de leur nature ne seraient donc pas contradictoires mais complémentaires. Le corps réifié ne serait alors pas soumis à un régime indifférencié des biens, y compris en droit pénal.

534. Conclusion de la Section 2 – Afin de voir si le corps réifié pouvait répondre à la qualification de bien les interrogations ont tout d’abord porté sur sa commercialité. Les différentes conventions dont le corps fait l’objet font de lui une chose dans le commerce juridique, voire dans le commerce économique pour certains éléments et produits. Ensuite, il a été constaté que le corps réifié peut faire l’objet d’une appropriation effective car la personne est maître de la circulation juridique de ses éléments et produits, dans les limites légales. Elle peut ainsi choisir de destiner certains d’entre eux à une finalité scientifique, thérapeutique, ou de les vouer à destruction. Les éléments et produits du corps humain sont destinés à de nombreuses finalités qui modifient leur statut. De la même manière le cadavre peut par exemple faire l’objet de funérailles mais également d’un don à la science. Ces différentes hypothèses ont donc été traitées et convergent toutes vers une appropriation effective de ces biens par des propriétaires différents selon l’utilisation du bien. Un embryon conçu *in vitro* appartient ainsi aux parents, puis au couple receveur en cas de don, qui réalise alors le transfert de propriété.

Toutefois, la qualification juridique du corps réifié est à l’origine de nombreux débats doctrinaux, notamment car sa nature est en contradiction avec son régime. Support de l’humain, il revêt pourtant la nature d’une chose. Le droit des biens devait donc s’adapter à ces particularités, qui poursuivent le même objectif que la création d’une troisième catégorie juridique aux confins des personnes et des choses. Puisque le bien est conçu comme un objet de droit sur lequel la propriété s’exerce dans la limite des dispositions légales, le corps réifié bénéficie donc toujours des dispositions des articles 16 et suivants du Code civil. Ce sont toutes les limites légales à la circulation juridique du corps qui constituent la protection de l’humanité de ce bien. La conciliation entre la réification et l’humanité provient du fait que le corps réifié est un bien qui est dans le commerce juridique mais dont la libre disposition est limitée par tout ce que sa nature humaine exige pour sa protection, telle la non-patrimonialité du corps humain.

535. Conclusion du Chapitre 1 – Cette partie de l’étude a consisté à déterminer si le corps dépersonnalisé pouvait entrer dans la catégorie juridique des biens en vue d’être appréhendé en tant que tel par le droit pénal. Celui-ci réprime les atteintes à la « valeur sociale

propriété », laquelle a pour support des biens, parfois qualifiés de choses dans le Code pénal ce qui donne alors un sens identique à ces termes. Il a donc été nécessaire de définir la qualification juridique du corps réifié et, plus particulièrement, de déterminer s'il présentait les caractéristiques d'un bien. Au regard de la *summa divisio* civiliste qui imprègne le droit pénal, les critères de définition issus du droit civil ont été pris en compte et couplés à l'appréhension de la notion par le droit pénal. Au fil des développements il est apparu que la notion d'appropriation subit les conséquences d'une conception restrictive de la commercialité.

Toute personne juridique a la capacité de faire circuler des biens dans le commerce et exerce ce pouvoir sur les biens disponibles, c'est-à-dire des biens qui circulent dans le commerce. Le commerce conditionne donc cette capacité, qui n'aurait de sens si elle ne pouvait se concrétiser sur aucun bien. Or, si l'on considère que ce commerce ne peut qu'être économique, seules les choses aliénables sont appropriables. Autrement dit, dans cette conception, la commercialité est soumise à l'aliénabilité, qui consiste à extraire un bien de son patrimoine. Une confusion entre patrimonialité et commercialité s'instaure alors. Dans cette perception le corps réifié ne peut être un bien, faute de pouvoir faire l'objet d'un droit patrimonial en vertu de la loi. En revanche, il a été démontré que le droit pénal comme le droit civil sont enclins à appréhender la commercialité en son sens juridique, c'est-à-dire que la chose n'a pas à faire l'objet d'une valeur économique pour accéder au statut de bien. La libre disposition des biens est donc le principe, ce qui fait écho à l'existence nécessaire du commerce. Cependant, la commercialité juridique est toutefois plus ou moins limitée par le législateur car la chose peut présenter certaines caractéristiques qui justifient qu'elle ne puisse pas faire l'objet de tous les actes juridiques. Par exemple, le corps peut faire l'objet de conventions à titre gratuit mais pas à titre onéreux. Ensuite, l'analyse des incriminations a démontré que la chose dans le commerce juridique doit faire l'objet d'une appropriation effective pour être qualifiée de bien. Il a donc été établi que le corps réifié est rattaché à un propriétaire, qui diffère selon la finalité à laquelle est destiné le corps. Ainsi, dès lors qu'un élément du corps est détaché de la personne, celle-ci se l'approprie car elle peut choisir elle-même sa finalité dans les limites des dispositions légales. **Le bien support de la « valeur sociale propriété » est alors une chose dans le commerce juridique, c'est-à-dire une chose qui peut faire l'objet de conventions à titre gratuit et qui fait l'objet d'une appropriation effective.**

Enfin, bien que le corps réifié puisse se voir appliquer le régime juridique des biens, il n'empêche que son humanité, principale cause des incertitudes juridiques relatives à son statut,

entre en contradiction avec sa nature de bien. Puisque le corps véhicule l'humain il faut admettre qu'il s'agit d'un bien humain. Ce support de l'humanité se verra alors intégré dans un droit des biens qui peut prendre en compte ses spécificités car la propriété est limitée par la loi, laquelle constitue la source de protection du corps. **En conséquence, le corps réifié est un bien, dont la nature humaine conduit à le qualifier de bien humain et qui pourra donc se voir appliquer le droit pénal des biens.** Celui-ci devra à son tour respecter cette humanité en ne le traitant pas de manière indifférenciée des autres biens.

Chapitre 2 : Le droit pénal des biens humains

536. La qualification juridique des atteintes aux biens humains – Les développements précédents ont mis en lumière les maladroites du droit pénal, qui peine à sanctionner les atteintes au corps réifié notamment parce qu'il est difficile de se départir de la prééminence de la personne humaine¹⁶⁷⁰. L'inadaptation des incriminations, voire leur absence, ou encore la faiblesse des sanctions ont été constatées. La qualification juridique attribuée au corps réifié l'intègre désormais dans la sphère du droit pénal des biens, qu'il faut adapter aux biens humains. La loi pénale doit être interprétée strictement, dans le respect du principe de légalité et dans l'objectif d'attribuer aux faits, par l'opération de qualification, leur juste nature. Néanmoins, toutes les dispositions pénales ne contiennent pas de définition précise du comportement réprimé, aussi le juge pénal doit-il user de son autonomie et interpréter la loi pénale. Cette opération nécessite de s'appuyer sur la *ratio legis* contenue dans le texte afin d'identifier l'intention du législateur, dans une optique de répression qui nécessite parfois de s'émanciper des notions extra-pénales¹⁶⁷¹.

537. L'interprétation téléologique des incriminations de droit pénal commun – Toutefois, cette opération de qualification effectuée par le juge ne peut pas aboutir à la création de nouvelles incriminations. Il est des hypothèses dans lesquelles aucune incrimination ne répond au comportement visé. Dès lors, soit la loi peut être interprétée de façon extensive, sans bafouer le principe de légalité, et le juge applique une qualification par défaut. Soit aucune qualification n'est applicable sans dénaturer le sens de la loi et l'impunité est inévitable¹⁶⁷². Il a été démontré que l'atteinte à la « valeur sociale propriété » reposait avant tout sur la sanction d'un trouble à l'ordre public, ce qui explique par exemple que certains comportements soient réprimés alors même que le caractère appropriable du bien interroge¹⁶⁷³. Peut-être est-il possible

¹⁶⁷⁰ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre II.

¹⁶⁷¹ E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, PUAM, 2013, p. 125. Voir par exemple, sur la notion de domicile, Cass. crim. 22 janvier 1997, n° 95-81.186 ; *Droit pénal*, juin 1997, comm. n° 78, obs. M. VERON. L'article 102 al. 1^{er} du Code civil le définit comme le lieu du principal établissement et la chambre criminelle comme le lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux (au sens de l'article 226-4 du Code pénal).

¹⁶⁷² E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, *op. cit.*, p. 133 s.

¹⁶⁷³ Par exemple, au sujet du vol de stupéfiants, voir *supra* n° 491.

d'étendre suffisamment les incriminations de droit pénal commun afin de subsumer les comportements attentatoires aux biens humains. La spécificité de ces biens rend toutefois incertaine cette opération. En effet, si l'interprétation téléologique du juge lui permet d'avoir recours à une lecture extensive de l'incrimination et des biens qu'elle protège, lorsqu'il s'agit du seul moyen d'apporter une réponse adaptée et cohérente au trouble qu'il doit sanctionner le juge ne saurait toutefois définir le statut du corps réifié sans excéder ses prérogatives. Une telle interprétation suppose en effet que le législateur ait déjà fait transparaître sa position, de sorte à ce que le juge n'ait plus qu'à l'entériner. Tel n'est pas le cas en l'espèce. La politique du législateur n'est pas apparente sur ce point et les implications philosophiques et sociétales du statut du corps excluent toute prise de position autre que la sienne. Tout au plus la décision des juges induit que le cadavre¹⁶⁷⁴ ou un élément du corps¹⁶⁷⁵ est une chose mais, dans les autres hypothèses, un vide juridique s'installe¹⁶⁷⁶. Il faudra alors analyser l'application du droit pénal des biens humains sous l'angle d'une intervention législative¹⁶⁷⁷ en envisageant, lorsque cela est possible, l'extension des incriminations de droit pénal commun.

538. L'adaptation du droit pénal aux biens humains – La dualité de nature, comme de régime, dont le corps réifié témoigne laisse le juriste incertain quant à l'emplacement de nouvelles incriminations. Tout d'abord, il faut envisager de réprimer au titre des atteintes à l'espèce humaine les atteintes qui lui sont portées. Cette qualification a le mérite d'intégrer l'humain au-delà de la personne prise en sa dimension individuelle, ce qui pourrait donc inclure le corps lorsqu'il est détaché de cette notion. Cependant, ce serait faire là abstraction de la qualification juridique de bien qui a été attribuée au corps réifié car sa nature de substrat conduit

¹⁶⁷⁴ Voir par exemple Cass. civ. 2^{ème}, 17 juillet 1991, arrêt préc. ; TGI Lille, 6 janvier 2011, JurisData n° 2011-000487 ; X. LABBÉE, « Les "choses sacrées" existent de nouveau en droit », *JCP G*, 2011, n° 5, 104.

¹⁶⁷⁵ TGI Avignon réf. 24 septembre 1985 ; PH. BERTIN, « Un doigt de droit, deux doigts de bon sens... », art. préc. Janel Daoud s'est sectionné une phalange pour l'envoyer au garde des Sceaux et a souhaité récupérer son doigt. Les juges du fond ont considéré que le doigt était une chose, qui se voyait donc appliquer les règles relatives aux objets confisqués.

¹⁶⁷⁶ Sur l'absence de statut du fœtus, celui-ci n'étant pas une personne selon la chambre criminelle, qui n'établit pas non plus qu'il est une chose, voir Cass. crim. 30 juin 1999, arrêt préc. Dans le même sens, voir Cass. ass. plén. 29 juin 2001, arrêt préc. ; Cass. crim. 25 juin 2002, arrêt préc. En l'espèce, suite aux négligences d'un médecin et d'une sage-femme qui s'était abstenue d'avertir le médecin de la présence d'une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant, celui-ci est décédé *in utero*. TA Amiens, 9 mars 2004 (destruction d'embryons congelés, le préjudice matériel n'est pas constitué au regard du principe de non-patrimonialité, ni le préjudice moral car les embryons ne sont pas considérés comme des êtres chers), arrêt préc.

¹⁶⁷⁷ Par ailleurs, les circonstances aggravantes de ces infractions ne seront pas proposées car celles-ci permettent « au législateur de graduer le jugement de valeur porté sur une action déjà pénalement répréhensible ». Or, cette étude n'ayant pas la prétention de se substituer au législateur ni de porter un jugement de valeur sur les comportements décrits, il sera préféré d'envisager leur répression sous l'angle d'incriminations autonomes.

à lui appliquer le régime de la catégorie juridique à laquelle il appartient. Soit la qualification juridique de bien prime et, dans ce cas, les incriminations seront incluses dans un nouveau Titre du Livre III du Code pénal réprimant les atteintes portées aux biens. Soit leur nature humaine prime et un nouveau Titre sanctionnant les atteintes aux biens de la personne pourrait être créé au sein du Livre II. La démarche entreprise dans cette étude a consisté à rattacher le corps humain dans une des catégories juridiques préexistantes, choses ou personnes, aux fins de lui appliquer le régime correspondant et ainsi l'intégrer dans la sphère pénale. C'est donc la qualification juridique du corps qui constitue l'outil principal de cette démarche et qui amène à fonder les atteintes aux biens humains dans le Livre III. La qualification de bien est le fondement de leur statut, tandis que leur nature humaine est un attribut de ce bien.

539. La codification des infractions relative aux biens humains – Pourtant, ce serait là encore nier leur nature humaine que de les intégrer aux côtés de dispositions pénales applicables à tout bien qui reçoit la protection du droit pénal et, plus encore, de leur appliquer ces dispositions de manière indifférenciée. La fonction symbolique de l'emplacement des incriminations peut en effet conduire à préférer la création d'un nouveau Titre dans le Livre III, qui serait intitulé « Des crimes et délits contre les biens humains »¹⁶⁷⁸ et qui contiendrait de nouvelles incriminations. Il se diviserait en un Chapitre I^{er} réprimant les atteintes aux éléments et produits du corps humain, et un Chapitre II relatif aux atteintes commises à l'encontre des restes humains. Ce respect dû au corps réifié pourra également se traduire par la formulation des incriminations. Il sera par exemple plus adapté d'incriminer les « atteintes à l'intégrité » du corps réifié que sa « dégradation, destruction ou détérioration ».

540. Annonce de plan – Sur ce modèle, une première Section sera consacrée aux atteintes commises à l'encontre des éléments et produits du corps humain (**Section 1**), puis une seconde Section permettra d'analyser les atteintes portées à la dépouille mortelle (**Section 2**).

¹⁶⁷⁸ Voir Annexe p. 629. Cette étude n'ayant pas la prétention de se substituer au législateur, les peines encourues ne seront pas fixées ni, par extension, la classification des infractions. Une méthode identique à celle utilisée jusqu'ici sera préférée, consistant à suggérer une hiérarchie entre deux ou plusieurs infractions.

Section 1 : Les atteintes aux éléments et produits du corps humain

541. Les finalités de la circulation des éléments et produits du corps humain – Bien que le Livre V du Code pénal contienne des incriminations relatives aux éléments et produits du corps humain, il ressort de cette étude que ces dispositions ne concernent que très peu ces éléments et produits en eux-mêmes. Il s'agit en effet majoritairement des infractions à l'intégrité physique de la personne, au travers du prélèvement sans consentement, ou des infractions au respect des protocoles de recherche¹⁶⁷⁹. Le droit pénal des biens peut être exploité afin de conférer à ces parties du corps un régime protecteur, à la hauteur de l'humanité qu'ils véhiculent. La qualification juridique de bien repose sur l'aptitude à l'échange juridique d'une chose, qui permet son appropriation effective par un individu. Ainsi, un élément ou produit détaché du corps de la personne peut faire l'objet d'un droit de propriété à son profit, tandis que les éléments et produits prélevés *post-mortem* semblent voués à l'abandon.

542. Annonce de plan - Les éléments et produits destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique ont présenté des caractéristiques différentes de leurs semblables voués à destruction. Tandis que les uns sont dotés d'une commercialité limitée, les autres sont frappés d'une extra-commercialité absolue. C'est pourquoi leur statut diffère et mérite d'être appréhendé en conséquence.

Dans un premier temps, le droit pénal des biens humains sera appliqué aux éléments et produits voués à une finalité médicale (§1) puis, dans un second temps, aux éléments et produits voués à destruction (§2).

§ 1 - Les éléments et produits voués à une finalité médicale

543. La lésion portée à la « valeur sociale propriété » – Lorsque tissus, organes, gamètes ou encore cellules sont prélevés suite à une intervention thérapeutique, le patient peut choisir d'en faire don. La disponibilité de ces biens est toutefois limitée car le patient ne peut que les destiner à une finalité thérapeutique ou scientifique. Pour autant, cette possibilité fait de ces organes, tissus ou cellules des choses dans le commerce juridique, sur lesquelles le patient

¹⁶⁷⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I.

a un droit de propriété. L'intervention pénale se déclenche lorsque la « chose d'autrui », le « bien d'autrui » ou encore un « bien quelconque » est atteint car cette lésion entraîne une atteinte à la « valeur sociale propriété ». En revanche, comme il a été précédemment expliqué, les éléments et produits prélevés *post-mortem* avec le consentement présumé du patient peuvent être considérés comme des choses abandonnées, appropriables par le premier occupant. Si, généralement, l'hôpital qui effectue le prélèvement en est le premier propriétaire, il faut également envisager les hypothèses dans lesquelles le premier occupant n'aurait pas l'intention d'utiliser ces éléments et produits à des finalités médicales ou thérapeutiques.

544. Les éléments constitutifs des infractions relatives aux éléments et produits –

Chaque infraction contre les biens comporte des éléments constitutifs qui lui sont propres et qui diffèrent en fonction, notamment, du comportement réprimé et du résultat. La dégradation des biens d'autrui nécessite par exemple l'altération d'un bien, tandis que l'abus de confiance est constitué par un détournement du bien. De même, l'escroquerie et le vol aboutissent au même résultat, soit l'appropriation frauduleuse, mais différents car la première est réalisée au moyen de manœuvres frauduleuses. Toutes ces infractions ne peuvent peut-être pas avoir le corps pour objet ou, au contraire, celui-ci peut se fondre dans chaque incrimination. De plus, les contextes dans lesquels les faits peuvent se dérouler sont spécifiques car propres à l'objet de l'infraction. Les développements à venir vont permettre d'étudier ces éléments constitutifs et, plus particulièrement, la manière dont ils vont s'appliquer au corps humain.

545. Annonce de plan – Les infractions seront étudiées essentiellement en fonction de leur résultat car le corps est l'objet qui subit les conséquences de l'infraction. Elles seront réparties entre l'appropriation frauduleuse des éléments et produits du corps (**A**) et l'appréhension frauduleuse des éléments et produits du corps (**B**).

A. Les appropriations frauduleuses des éléments et produits du corps humain

546. Les différents moyens de s'appropriier les éléments et produits –
L'appropriation d'un élément ou produit du corps appartenant à autrui peut survenir dans différents contextes. Ces biens peuvent en effet circuler du patient à l'hôpital où les

prélèvements sont effectués, de l'hôpital vers un laboratoire de recherche, ou encore de patient à patient pour certains dons. Différents acteurs sont susceptibles d'appréhender frauduleusement ces biens et ce de diverses manières. Le droit pénal des biens peut répondre à ces différents comportements, même si les faits surviennent dans des contextes particuliers comme la recherche scientifique.

547. Annonce de plan – Sur le modèle du droit des biens, les appropriations frauduleuses se concrétisent par les infractions de vol et de recel (1), puis par l'infraction d'escroquerie (2).

1) *Le vol et le recel d'éléments et produits du corps humain*

548. La soustraction frauduleuse des éléments et produits du corps humain – Le vol se définit comme la « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »¹⁶⁸⁰, infraction dont l'appropriation constitue la condition préalable¹⁶⁸¹. La jurisprudence a défini l'objet du vol comme « la soustraction d'une chose, quelle qu'elle soit, si elle appartient à autrui »¹⁶⁸², donc nul ne peut voler sa propre chose¹⁶⁸³ ni une chose sans maître¹⁶⁸⁴. L'identification du propriétaire est indifférente à la constitution de l'infraction¹⁶⁸⁵, aussi s'intéressera-t-on uniquement à la soustraction de ces biens car il a été démontré qu'ils étaient constamment l'objet d'un droit de propriété jusqu'à destruction. Au regard des développements précédents, les organes, tissus, cellules ou gamètes prélevés du vivant de la personne peuvent être transmis à un laboratoire, implantés à un patient receveur ou encore détruits, ce qui met fin au droit de propriété du patient. Les embryons conçus *in vitro* sont quant à eux la propriété des parents jusqu'à ce qu'ils soient donnés à la recherche ou à un couple. Enfin, les organes prélevés *post-mortem* seraient la propriété de l'hôpital, premier occupant de ces choses abandonnées¹⁶⁸⁶. Il

¹⁶⁸⁰ Article 311-3 du Code pénal.

¹⁶⁸¹ Sur cette notion, voir notamment B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, *op. cit.*

¹⁶⁸² Cass. crim. 14 mai 1957, *Bull. crim.* n° 403. En revanche, l'identification du propriétaire est indifférente à la constitution de l'infraction, voir par exemple Cass. crim. 16 mars 1923 ; *D.* 1924, IR 136 ; Cass. crim. 23 décembre 1963, n° 63-91.295 ; Cass. crim. 27 avril 1966 ; *D.* 1966, jurispr. p. 489. Voir R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, *op. cit.* Voir également D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, *op. cit.*, p. 86 s.

¹⁶⁸³ Trib. corr. Auxerre, 14 janvier 1964 ; *Gaz. Pal.* 1964, 1, jurispr. p. 185 (2^{ème} jugement).

¹⁶⁸⁴ Trib. corr. Avignon, 30 septembre 1965 ; *D.* 1966 somm. 11.

¹⁶⁸⁵ Cass. crim. 23 décembre 1963, n° 63-91.295.

¹⁶⁸⁶ Voir *supra* n° 515.

faudra cependant envisager également la configuration dans laquelle ils font l'objet d'une appropriation dans le but, par exemple, d'un trafic.

Les hypothèses de vol portant sur de tels objets pourraient concerner avant tout des hôpitaux ou laboratoires tentés de s'en emparer pour des recherches clandestines, à l'instar du trafic d'embryons démantelé aux Etats-Unis¹⁶⁸⁷. Dans la lignée de l'affaire « John Moore »¹⁶⁸⁸, si un médecin s'empare de cellules ou d'échantillons humains prélevés avec le consentement du patient dans le but, par exemple, d'effectuer des recherches en laboratoire, il convient de déterminer si l'infraction de vol est constituée. Si le patient consent au don, la soustraction frauduleuse se fera soit à son détriment tant que le transfert de propriété n'est pas effectué¹⁶⁸⁹, soit au détriment du nouveau propriétaire. La soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est alors caractérisée¹⁶⁹⁰, l'élément intentionnel étant constitué par le fait que les médecins s'abstiennent de faire part au patient de leur intention d'effectuer ces recherches. En outre, le corps réifié est destiné à plusieurs finalités différentes, dont l'abandon. Tel est par exemple le cas des organes prélevés *post-mortem*. L'on peut alors imaginer que le premier occupant n'ait pas l'intention de transplanter ces éléments et produits. Une interprétation stricte de la loi pénale conduirait à l'absence de qualification de vol, puisqu'une *res derelictae* est appropriable par le premier occupant, aussi faut-il envisager de faire appel au pouvoir d'interprétation du juge.

549. Nécessité d'une interprétation téléologique de la loi pénale – En l'absence d'un refus de la part du défunt de son vivant, le prélèvement d'éléments et produits du corps humain *post-mortem* est présumé consenti et il a été démontré que ce geste s'apparentait à un abandon¹⁶⁹¹. Dès lors, soit ces organes sont destinés à une finalité scientifique ou thérapeutique

¹⁶⁸⁷ Voir *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I.

¹⁶⁸⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I. Des médecins ont prélevé les cellules de ce patient à son insu aux fins de faire des recherches sur un traitement contre le cancer, les bénéfices du brevet s'étant élevés à trois milliards d'euros.

¹⁶⁸⁹ Au regard des exigences légales, soit le patient refuse de consentir au don, auquel cas l'abandon du bien pourrait se réaliser au moment du refus. Soit seul un consentement présumé est exigé mais dans l'hypothèse où la finalité à laquelle ces cellules sont destinées change, le patient peut s'y opposer et reste alors propriétaire jusqu'à son opposition définitive.

¹⁶⁹⁰ *Contra*, voir notamment M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal, op. cit.*, p. 131 : « on ne peut voler qu'une chose appartenant à autrui, ce qui suppose que cette chose est juridiquement appropriable. Il n'y a naturellement pas vol (mais bien d'autres infractions) à s'assurer une mainmise sur une valeur non susceptible de propriété, dont la personne humaine est le meilleur exemple [...] Il en est de même de tous les éléments du corps vivant, dont l'appréhension sera punie au titre des blessures ayant permis de les extraire ». L'auteur ajoute toutefois que « la question est plus discutable pour les attributs du corps humain extraits normalement avant l'acte de soustraction (sang, greffons divers, cheveux, dents) ou après la mort du donneur ».

¹⁶⁹¹ Voir *supra* n° 515.

et sont appropriés par l'hôpital qui va effectuer la transplantation, soit ils sont voués à destruction¹⁶⁹². Si, dans la première hypothèse, un membre du corps médical s'en empare en vue d'un trafic ou de recherches clandestines par exemple, il est difficile d'appliquer la qualification de vol. Il faudrait alors faire appel à l'interprétation téléologique du juge, non pas pour inclure cet acte dans les infractions de droit pénal commun mais pour leur appliquer le droit pénal des biens humains. Il faudrait en effet étendre la notion de biens humains aux choses n'ayant pas fait l'objet d'une appropriation effective avant sa soustraction. En effet, la jurisprudence a pu appliquer la qualification de vol à la soustraction d'une lettre jetée dans une poubelle¹⁶⁹³, donc de la même manière la soustraction d'éléments ou produits voués à l'abandon peut recevoir cette qualification. De plus, la qualification de vol pourrait s'appliquer en l'espèce car l'intention du défunt de son vivant de laisser ces éléments et produits aux mains du premier occupant non autorisé ne saurait être établie avec certitude. La soustraction frauduleuse des éléments et produits du corps humain pourrait donc être qualifiée de vol, même si certains d'entre eux ne répondent pas strictement à la qualification de bien humain. À cet égard, il serait opportun d'envisager la codification de cette incrimination, fondement légal de cette qualification et de son interprétation.

550. L'intégration du vol d'éléments et produits dans le Code pénal – Le Chapitre II du nouveau Titre du Livre III du Code pénal s'ouvrirait sur une première Section, intitulée « Des appropriations frauduleuses des éléments et produits du corps humain » et qui contiendrait les infractions de vol (Sous-section 1) et d'escroquerie (Sous-section 2)¹⁶⁹⁴.

Au sein de l'incrimination de vol, il faudra opérer une distinction entre ces éléments et produits car, par exemple, les embryons entrent certes dans la catégorie des éléments et produits du corps mais il n'en reste pas moins que ce sont des êtres en vie, dont les infractions commises à leur encontre nécessiteront peut-être une peine différente¹⁶⁹⁵. En conséquence, deux incriminations sont à prévoir, dont la formulation tiendra compte du caractère humain de ces biens.

¹⁶⁹² Voir *infra* n° 502.

¹⁶⁹³ Cass. crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349 ; *D.* 2005, Pan. 2991, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

¹⁶⁹⁴ Voir Annexe p. 629.

¹⁶⁹⁵ Une gradation de la sanction pourrait également être admise selon si l'objet de l'infraction est un organe, un tissu ou encore une cellule car ils ne semblent pas revêtir, de prime abord, une importance identique. L'on se gardera toutefois de transcrire cette gradation dans ces incriminations, au regard des particularités et de l'étendue des recherches scientifiques échappant au juriste.

Ces textes pourraient être rédigés ainsi¹⁶⁹⁶ :

« La soustraction frauduleuse d'éléments ou produits du corps humain, autres que les embryons, est punie de (...) »

« La soustraction frauduleuse d'embryons est punie de (...) »

La commercialité du corps réifié permettrait alors d'envisager de réprimer ces comportements sous la qualification de vol¹⁶⁹⁷. Cette appropriation frauduleuse s'accompagne souvent de l'infraction de recel qui lui fait suite et qui ne concerne, en droit positif, que le cadavre, et ce dans certaines circonstances uniquement¹⁶⁹⁸.

551. Le recel des éléments et produits du corps humain – À l'origine d'une atteinte à la saisine de la justice, le recel se définit comme le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit¹⁶⁹⁹. Cette infraction présente la particularité d'être applicable aux éléments et produits du corps humain, puisque ce n'est pas tant l'appropriation que l'origine délictuelle ou criminelle de la chose qui constitue la condition préalable. Or, les infractions à l'intégrité physique, à la circulation illégale ou encore au non-respect des autorisations de cession, conservation ou utilisation des éléments et produits constituent des délits. De ce fait, tout individu autre que l'auteur de l'infraction qui conserve ces objets peut voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement du recel. Le recel peut également porter sur les éléments et produits du corps humain prélevés sur un cadavre et provenant d'un crime ou d'un délit, comme les prélèvements effectués alors que le défunt avait exprimé son refus de son vivant.

Le recel est avant tout constitutif d'une entrave à la saisine de la justice. La *ratio legis* de cette incrimination justifie son intégration non pas dans ce nouveau Titre mais dans le Livre

¹⁶⁹⁶ Voir Annexe p. 629.

¹⁶⁹⁷ Bien qu'étant défavorable à cette qualification, M.-L. RASSAT admet que « les parties organiques normalement extraites du corps humain [elles] peuvent donner lieu à des actes juridiques et sont donc dans le commerce, au sens du droit, ce qui rend possible, bien que pour nous choquante, la qualification de vol », voir M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal, op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁹⁸ Article 434-7 du Code pénal : « Le fait de receler ou de cacher le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou décédées des suites de violences est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

¹⁶⁹⁹ Article 321-1 du Code pénal.

IV du Code pénal¹⁷⁰⁰ aux côtés de l'infraction de recel de cadavre. Ce nouveau texte, inspiré de l'incrimination actuelle de recel, pourrait être rédigé ainsi :

« Le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre des éléments ou produits du corps humain autres que les embryons, ou de faire l'office d'intermédiaire afin de les transmettre, en sachant que ces éléments ou produits proviennent d'un crime ou d'un délit, est puni de (...). »

« Le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre des embryons, ou de faire l'office d'intermédiaire afin de les transmettre, en sachant que ces embryons proviennent d'un crime ou d'un délit, est puni de (...). »

Il faut toutefois préciser qu'au regard des règles relatives aux conflits de qualifications précédemment exposées¹⁷⁰¹ le vol et le recel ne peuvent se cumuler. Ce sont en effet deux comportements reliés par une unité d'intention et de temps, ce qui rend ces qualifications exclusives l'une de l'autre et seul le vol sera retenu. Objets appropriés, les éléments et produits pourraient donc faire l'objet d'une soustraction frauduleuse et de recel. Le droit pénal des biens trouve en effet à s'appliquer dans ces premières configurations, qu'il faut compléter en envisageant l'infraction d'escroquerie.

2) L'escroquerie portant sur les éléments et produits du corps humain

552. Les éléments constitutifs de l'escroquerie, appliqués au domaine médical –

L'appropriation frauduleuse d'un bien humain pourrait également être réalisée en commettant l'infraction d'escroquerie, si cette appropriation frauduleuse se traduit par des manœuvres et une remise. En effet, l'article 313-1 du Code pénal dispose que « l'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ». Les membres du corps médical ou des laboratoires de recherche étant les seuls à manipuler les éléments et produits du corps, il est envisageable qu'un ou plusieurs individus usent de cette fausse qualité aux fins d'obtenir, par exemple, des organes en vue de les revendre

¹⁷⁰⁰ Livre IV, Titre III, Chapitre IV, Section I du Code pénal : « Des entraves à la justice ».

¹⁷⁰¹ Voir *supra* n° 117.

à titre onéreux. La doctrine comme la jurisprudence admettent que l'usage d'une attribution ou d'une fonction que l'on ne détient pas participe de la matérialité constitutive de l'infraction¹⁷⁰². En outre, la Cour de cassation a expressément admis que « l'usage par le prévenu de la fausse qualité de médecin, pour obtenir la remise de sommes d'argent à titre d'honoraires, caractérise le délit d'escroquerie »¹⁷⁰³.

Le Chapitre II consacré aux appropriations frauduleuses de ces biens humains contiendrait alors deux incriminations rédigées ainsi¹⁷⁰⁴ :

« Le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice, ou au préjudice d'un tiers, à remettre des éléments ou produits du corps humain autres que les embryons et destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique est puni de (...). »

« Le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice, ou au préjudice d'un tiers, à remettre des embryons destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique est puni de (...). »

Cette qualification ne pourra pas non plus être cumulée à celle de recel. Une valeur sociale unique est atteinte, à savoir la propriété. Tout comme le vol, l'escroquerie est exclusive du recel car ce dernier découle de l'escroquerie. Se retrouve alors l'unité d'intention et de temps qui rend ces qualifications exclusives. De plus, les qualifications de vol et d'escroquerie ne sauraient se cumuler. En effet, il s'agit dans les deux cas d'une appropriation frauduleuse et de l'atteinte à la « valeur sociale propriété » mais la qualification d'escroquerie vise un procédé précis, à l'inverse du vol. En conséquence, la qualification spéciale l'emportera sur celle, plus générale, de vol. Les éléments et produits voués à une finalité médicale peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et ainsi recevoir la protection du droit pénal des biens. Le propriétaire peut donc se voir privé de sa chose par un vol mais également aux termes d'une escroquerie.

¹⁷⁰² Voir par exemple Cass. crim. 29 décembre 1927, *Bull. crim.* n° 335 (agent de publicité) ; Cass. crim. 17 octobre 1947 (marchand de tableaux) ; *JCP G* 1947, IV 206.

¹⁷⁰³ Cass. crim. 8 février 1995, n° 94-80.960 ; *D.* 1995, p. 87. La Haute cour ajoute que « l'usurpation du titre de docteur en médecine n'étant pas un élément constitutif du délit d'exercice illégal de la médecine, et cette fonction n'exigeant pas le versement d'une rémunération ». En revanche, si l'usage de cette qualité est destiné à donner des soins et obtenir des honoraires, cette infraction sera qualifiée, Cass. crim. 17 juin 1948 ; *JCP G* 1948, IV 114.

¹⁷⁰⁴ Voir Annexe p. 629.

Après cette première progression dans la répression, le droit pénal des biens humains peut ensuite s'appliquer aux appréhensions frauduleuses des éléments et produits du corps humain.

B. Les appréhensions frauduleuses des éléments et produits du corps humain

553. Le détournement des éléments et produits – La circulation des éléments et produits du corps est encadrée par certaines dispositions du Livre V du Code pénal. Elle se trouve particulièrement réglementée, notamment par le biais de ces incriminations, compte tenu de leur utilité et du respect qui leur est dû. La circulation et l'utilisation des organes, tissus ou encore cellules est soumise, par exemple, au principe de non-patrimonialité du corps humain. En outre, certains articles répriment le fait de procéder à la circulation des éléments et produits en violation de certaines dispositions légales ou réglementaires. Il a été démontré que ces dispositions relèvent d'un droit pénal technique¹⁷⁰⁵, qui ne seront alors pas étudiées.

554. Annonce de plan - La manière dont l'auteur de l'infraction appréhende les éléments et produits du corps prend alors deux formes car le détournement s'opère soit au travers du circuit que ces derniers empruntent (1), soit au travers d'une atteinte à leur intégrité (2).

1) La circulation frauduleuse des éléments et produits

555. La cession à titre onéreux d'éléments et produits du corps humain – Le principe de non-patrimonialité du corps humain trouve une traduction pénale aux articles 511-2, 511-4, 511-9 et 511-15 du Code pénal. Ces articles répriment l'obtention et la cession à titre onéreux des organes, tissus, cellules, gamètes et embryons et pourraient être transférés dans ce nouveau Titre du Code pénal relatif aux atteintes aux biens humains. Le Code pénal prohibe leur circulation économique et ces textes sont la transposition pénale des articles 16-2 et 16-5 du Code civil proclamant la non-patrimonialité du corps humain. Le propriétaire se voit donc limité dans l'exercice de son droit au nom de ce principe qui prohibe l'aliénation des biens. La

¹⁷⁰⁵ Voir *supra* n° 186 s.

ratio legis de l'incrimination est alors indépendante de la propriété, ce qui explique par ailleurs que la personne elle-même puisse être l'auteur de cette infraction. En effet, puisque le corps réifié est le support de l'humain, le droit objectif peut parfois prendre le relais pour justifier, par exemple, la protection des cadavres dénués de tout propriétaire¹⁷⁰⁶.

La répression de la vente d'organes prélevés *post-mortem* conduit à une solution identique. Les articles 511-2, 511-4, 511-9 et 511-15 du Code pénal pourraient être transférés dans le Chapitre I de ce nouveau Titre et plus particulièrement dans une Section relative à la circulation frauduleuse des éléments et produits du corps humain. Il faudrait leur ajouter un alinéa réprimant l'atteinte à ces éléments et produits prélevés *post-mortem*. Ce comportement ne fait l'objet d'aucune répression, à l'exception de la qualification d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Dans les deux cas, il s'agit d'une atteinte à la non-patrimonialité du corps humain constituée par la vente de l'élément ou du produit.

À titre d'exemple, l'article 511-2 du Code pénal ainsi enrichi serait rédigé de la sorte¹⁷⁰⁷ :

« Est puni des mêmes peines le fait d'obtenir ou de céder contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, des organes prélevés sur un cadavre ».

Concernant d'éventuels conflits de qualifications, il a été démontré que la non-patrimonialité du corps humain, traduite par cette incrimination, relevait de cette valeur très générale qu'est l'humain¹⁷⁰⁸. Cette atteinte va alors au-delà d'une atteinte à la « valeur sociale propriété » et la cession d'éléments et produits du corps pourrait alors se cumuler avec la qualification de vol, de recel ou encore d'escroquerie. De manière générale, elle pourra se cumuler avec les qualifications qui vont être envisagées. La circulation frauduleuse d'un bien peut donc prendre plusieurs formes. L'exemple précédent a conduit à réprimer la cession à titre onéreux mais la circulation peut se traduire par un détournement du bien. L'incrimination

¹⁷⁰⁶ Voir *supra* n° 526.

¹⁷⁰⁷ Voir Annexe p. 630.

¹⁷⁰⁸ Voir *supra* n° 526 s. Il a été démontré que l'humain pouvait représenter, à l'instar de la dignité, un axiome justifiant la répression de l'atteinte à certains biens humains dénués de propriétaires. En revanche, il ne s'agit pas de l'ériger en valeur sociale législativement consacrée et de réprimer expressément certains comportements sur ce fondement à l'instar de la dignité. En effet, les faiblesses juridiques de cette dernière notion comme valeur sociale protégée a été critiquée et il n'est pas opportun de reproduire un système identique. L'humain sous-tend chaque incrimination et peut venir appuyer l'interprétation téléologique de la loi pénale en faveur des biens humains. Elle peut également expliquer que la traduction pénale du principe de non-patrimonialité va au-delà de la répression de l'atteinte à la « valeur sociale propriété ».

d'abus de confiance réprime en effet davantage la modification de la finalité d'un bien, entraînant un préjudice à autrui.

556. L'abus de confiance – Les atteintes aux biens sont également sanctionnées, au travers des appréhensions frauduleuses, grâce aux infractions relatives au détournement des biens. Ainsi, l'abus de confiance réprimé à l'article 314-1 « est le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Cette infraction « consiste à tromper la confiance d'une personne non pas d'une façon quelconque, mais en détournant ou dissipant un objet qu'elle a elle-même remis à la charge de le restituer »¹⁷⁰⁹. La valeur économique du bien est indifférente à la constitution de l'infraction¹⁷¹⁰. La remise est quant à elle généralement fondée sur un titre juridique, tel un contrat de dépôt ou de prêt mais l'accord peut être dépourvu de nature contractuelle¹⁷¹¹. Le détournement de l'affectation du bien peut être constitué par le simple fait, pour l'auteur, de se comporter comme le propriétaire et qu'il en résulte, par exemple, une impossibilité pour ce dernier d'exercer à nouveau ses droits¹⁷¹². Enfin, le détournement doit se faire au préjudice d'autrui mais la jurisprudence aborde cette notion avec souplesse puisqu'un préjudice matériel ou moral est suffisant¹⁷¹³.

Par exemple, les collections d'échantillons humains appartenant aux laboratoires de recherche sont conservées dans des biobanques, en vertu d'un contrat de dépôt qui caractérise la remise. Si l'un de ces établissements détourne ces collections de leur affectation, à savoir celle d'être restituées aux laboratoires en vue de leurs recherches, l'abus de confiance pourrait être caractérisé. En effet, si une biobanque procède à la vente de ces échantillons, au demeurant particulièrement onéreux, à d'autres laboratoires le détournement est constitué car le

¹⁷⁰⁹ PH. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 399.

¹⁷¹⁰ PH. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 373 : « Il doit toutefois s'agir d'un objet ayant une valeur, soit juridique, soit pécuniaire (dans le langage juridique, le mot "bien" désigne une chose ou un droit revêtu d'une valeur) ».

¹⁷¹¹ PH. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 383 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 452. L'abus de confiance ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat lorsque la chose a été remise en vertu d'une disposition légale ou réglementaire, voir Cass. crim. 18 octobre 2000, n° 00-80.628 ; RSC 2001, p. 384, note R. OTTENHOF. Il faut seulement que cette chose ait été remise à titre précaire au détenteur qui l'a acceptée en connaissance de cause », C. MASCALA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Abus de confiance, avril 2017, n° 41.

¹⁷¹² Voir Cass. crim. 9 mars 2005, n° 03-87.371 ; V. MALABAT, « Vol. Jeter n'est pas abandonner ! », *RPDP* 2005, p. 977 s.

¹⁷¹³ Cass. crim. 9 mars 2005, n° 03-87.371, arrêt préc.

propriétaire ne peut plus exercer ses droits. Enfin, la preuve du préjudice ne serait pas difficile à rapporter au regard de la valeur de ces collections, qui nécessitent parfois de nombreuses années avant d'être entièrement constituées. Toutefois, ces échantillons présentent, certes, une nature humaine mais il semble qu'ils peuvent s'apparenter à des biens quelconques et ainsi permettre l'application du droit pénal des biens communs. En effet, ces éléments sont parfois presque dénaturés au gré des différentes recherches et transformations dont ils font l'objet et le terme de « collection » est par ailleurs révélateur. Il n'est pas exclu dans ce cas précis que la qualification d'abus de confiance applicable aux biens communs soit envisagée. En effet, ces éléments et produits se caractérisent davantage par leur valeur économique et leur exploitation au service de la recherche scientifique que par l'humanité qu'ils véhiculent.

Il est permis en revanche d'imaginer que ce détournement ait lieu lorsqu'une personne fasse un don d'organe de son vivant à un proche¹⁷¹⁴. Dans ce cas, outre la finalité définie, le receveur est également identifié et la finalité de ce geste ne saurait être détournée. Cette hypothèse peut également se présenter dans le cas où une patiente souhaite conserver des cellules issues de son cordon ombilical dans le but, par exemple, de soigner son prochain enfant et que l'établissement qui le conserve le destine finalement à la recherche scientifique. L'abus de confiance prendrait ici le pas sur la qualification de vol car l'acte consiste à détourner ces cellules d'une affectation précise. Le préjudice moral pourrait être caractérisé au vu de la finalité à laquelle elles étaient destinées, à savoir leur utilisation dans le but de soigner l'enfant.

Deux nouvelles incriminations pourraient ainsi être insérées dans une Section 4 intitulée « Du détournement des éléments et produits du corps humain » et seraient rédigées en les termes suivants¹⁷¹⁵ :

« Le fait de détourner, au préjudice d'autrui, des éléments ou produits du corps humain destinés à une finalité scientifique ou thérapeutique qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé est puni de (...) »

« Le fait de détourner, au préjudice d'autrui, des embryons destinés à une finalité scientifique ou thérapeutique qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé est puni de (...) »

¹⁷¹⁴ Article L. 1231-1 du CSP.

¹⁷¹⁵ Voir Annexe p. 631.

L'infraction d'abus de confiance a pour objet de détourner un bien de sa finalité et le vol consiste à s'emparer d'un bien. Il est alors possible de considérer que l'abus de confiance constitue une qualification spéciale qui l'emporte sur le vol. Concernant l'escroquerie, les procédés diffèrent car celle-ci consiste à mettre en œuvre en amont des moyens pour s'approprier le bien. L'abus de confiance consiste en revanche à détourner le bien postérieurement à la remise. La qualification applicable dépendra alors de la nature du procédé employé et, surtout, de la légalité de la remise. Ce comportement ne pourra pas se cumuler avec la qualification de recel. Pour des raisons identiques à celles évoquées au sujet du vol, ces qualifications sont exclusives¹⁷¹⁶. Il en résulte que l'appréhension frauduleuse des éléments et produits destinés à une finalité thérapeutique pourrait être réprimé au titre de la circulation frauduleuse des éléments et produits. Ce comportement serait réprimé par la cession à titre onéreux d'une part, et au travers du détournement de ce bien d'autre part. Cependant, l'appréhension d'un bien renvoie à la manière dont l'auteur se l'approprié, qui peut se concrétiser au travers de l'atteinte à l'intégrité de ce bien.

2) *L'atteinte à l'intégrité des éléments et produits du corps humain*

557. L'altération des éléments et produits du corps – L'exclusion du corps réifié du champ du droit pénal rendait impossible la qualification de destruction du bien d'autrui. Pour reprendre l'exemple précédent, le tribunal administratif d'Amiens¹⁷¹⁷ avait eu à se prononcer sur le préjudice dont un couple pouvait se prévaloir à la suite de la destruction de leurs embryons, du fait d'un dysfonctionnement du matériel qui a causé la destruction de neuf ovocytes surnuméraires fécondés. Le tribunal administratif a refusé de reconnaître l'existence d'un préjudice matériel, sur le fondement du principe de non-patrimonialité du corps humain¹⁷¹⁸. L'évaluation pécuniaire n'a pas été retenue, en matière civile comme en matière pénale, comme critère d'identification du bien car ces embryons sont la propriété des parents sans pour autant faire partie de leur patrimoine. D'une part, la qualification de « dégradation ou destruction du bien d'autrui »¹⁷¹⁹ pourrait désormais être envisagée et, d'autre part, une indemnisation pourrait être octroyée sur le fondement d'un préjudice moral, voire d'un

¹⁷¹⁶ Cass. crim. 2 décembre 1971, *Bull. crim.* n° 337.

¹⁷¹⁷ TA Amiens, 9 mars 2004, arrêt préc.

¹⁷¹⁸ Le tribunal a refusé de leur reconnaître la qualification de personne et, partant, la reconnaissance d'un préjudice moral. Voir *supra* n° 267.

¹⁷¹⁹ Ces termes sont entre guillemets car le caractère humain de ces biens justifiera une formulation différente.

préjudice matériel, d'autant que la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître un préjudice moral du fait de la perte d'un objet.

L'article 322-1 du Code pénal réprime « la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui ». Cette infraction s'applique à toutes sortes de biens appartenant à autrui¹⁷²⁰ et n'est constituée qu'en présence d'une dégradation effective. L'identité du propriétaire est également indifférente à la constitution de l'infraction mais « la destruction ne va être prise en compte par le droit que lorsqu'elle ne touche que le bien d'autrui »¹⁷²¹. Ensuite, les moyens mis en œuvre pour commettre l'infraction ne sont guère précisés. S'agissant de l'élément moral, si cette infraction est constituée même en l'absence de dol spécial elle reste néanmoins une infraction intentionnelle. Si des éléments prélevés sur un patient en vue d'une recherche scientifique subissaient des détériorations intentionnelles durant leur transfert au laboratoire, la qualification de destruction ou dégradation du bien d'autrui pourrait trouver application.

Toutefois, les hypothèses dans lesquelles les éléments et produits du corps humain subiraient des dommages résulteraient davantage de fautes involontaires. Tel est le cas s'agissant de la destruction des embryons dans l'exemple précédent, l'élément moral pouvant résulter d'une imprudence, d'une négligence ou encore d'un manquement à une obligation de sécurité ou réglementaire relative à la conservation des éléments et produits. En outre, la répression de l'atteinte à ces éléments et produits ne serait nécessaire et proportionnée que dans le cas où l'acte les a rendus impropres à la finalité à laquelle ils sont destinés, ce qui devra donc apparaître dans les incriminations.

558. L'incrimination des atteintes à l'intégrité des éléments et produits du corps humain – Appliquées au corps, ces incriminations doivent être adaptées. Les termes de dégradation, destruction et détérioration pourraient être substitués par les termes d'atteinte à l'intégrité, empruntés aux incriminations relatives à la personne, rappelant ainsi leur caractère humain. Ensuite, concernant la gradation de l'atteinte, l'hôpital a soutenu que les embryons

¹⁷²⁰ D. VIDOT-BARRIAL, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Destructions - Dégradations – Détériorations, avril 2017, n° 24. Les biens incorporels sont cependant exclus au vu de l'impossibilité de détruire, dégrader ou détériorer un bien incorporel, voir V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 499.

¹⁷²¹ D. VIDOT-BARRIAL, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Destructions - Dégradations – Détériorations, avril 2017, n° 40 : « la prérogative de l'*abusus* donne au propriétaire la faculté de transformer la chose, de la faire sortir de son patrimoine par des actes juridiques [...], mais aussi par des actes matériels (destruction totale ou partielle) ».

étaient encore congelés et pouvaient par conséquent être utilisés, argument qui n'a pas été retenu au regard de la difficulté des parents à avoir un enfant. Une gradation de la peine ou des éléments constitutifs pourrait donc également être proposée dans une nouvelle incrimination, en tenant compte du fait que le dommage ait ou non compromis la finalité à laquelle est destiné l'élément ou produit. Il faut néanmoins admettre qu'au regard des particularités des utilisations scientifiques, une qualification unique d'atteinte à l'intégrité semble davantage adaptée. Enfin, l'atteinte involontaire à l'intégrité pourrait s'inspirer de l'article 322-25 du Code pénal, à ceci près que ces hypothèses ne seraient pas cantonnées aux explosions ou incendies, ni au manquement à une obligation de prudence ou de sécurité. L'incrimination relevant du pénal des biens semble trop restrictive¹⁷²² compte tenu du préjudice que peut causer ce comportement.

De nouveaux articles pourraient être insérés dans le nouveau Titre relatif aux biens humains, dans une Section 5 consacrée aux atteintes à l'intégrité des éléments et produits¹⁷²³ et qui pourraient être rédigés ainsi :

« L'atteinte volontaire à l'intégrité des éléments et produits du corps humain les rendant impropres à la finalité scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...) »

« L'atteinte volontaire à l'intégrité des embryons les rendant impropres à la finalité scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...) »

Ensuite, deux autres articles réprimant l'atteinte involontaire à ces objets pourraient être intégrés :

« L'atteinte à l'intégrité des éléments et produits du corps humain dans les conditions prévues à l'article 121-3 du Code pénal, les rendant impropres à la finalité thérapeutique ou scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...). »

« L'atteinte à l'intégrité des embryons dans les conditions prévues à l'article 121-3 du Code pénal, les rendant impropres à la finalité thérapeutique ou scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...). »

Enfin, concernant d'éventuels conflits de qualifications, l'atteinte à l'intégrité du bien lèse la « valeur sociale propriété » et pourrait par conséquent entrer en conflit avec les

¹⁷²² En ce sens, voir par exemple M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal, op. cit.*, p. 326.

¹⁷²³ Voir Annexe p. 631.

qualifications de vol, de recel, d'escroquerie ou d'abus de confiance précédemment exploitées. Ces qualifications ne sauraient être considérées comme étant alternatives à l'atteinte à l'intégrité d'un bien, car leur objet diffère. Il faut alors envisager l'hypothèse où elles seraient exclusives de cette dernière. Aucune unité d'intention n'est ici à relever, ni même des incriminations qui s'opposeraient l'une à l'autre. Il faut alors déterminer si les éléments constitutifs de l'une peuvent être une circonstance aggravante de l'atteinte à l'intégrité du bien ou inversement. Cette dernière pourrait être, sur le modèle du droit pénal des biens commun, une circonstance aggravante du vol¹⁷²⁴ et il peut être envisagé de transposer cette technique aux autres infractions précitées. À défaut, ces qualifications pourront se cumuler et la peine pourra être prononcée dans la limite du maximum légal encouru.

Ces premières applications du droit pénal des biens aux éléments et produits se sont révélées positives. Les incriminations appliquées aux autres biens contiennent des éléments constitutifs pouvant être adaptés aux biens humains et ainsi envisager la répression du vol, du recel, de l'escroquerie, de l'abus de confiance et d'inclure la cession à titre onéreux dans ce même Chapitre du Code pénal afin d'éviter l'éclatement des dispositions précédemment observé¹⁷²⁵. Cependant, ces infractions sont constituées parce que la « valeur sociale propriété » est atteinte, valeur qui n'est pas forcément véhiculée par les éléments et produits voués à destruction. Ceux-ci ne sont en effet pas des biens dès lors qu'ils sont frappés d'une extra-commercialité absolue. Dans ce cas l'application du droit pénal des biens reste alors incertaine.

¹⁷²⁴ Article 311-4 8° du Code pénal.

¹⁷²⁵ Voir *supra*, n° 190.

§ 2 - Les éléments et produits voués à destruction

559. La réglementation partielle du devenir des éléments et produits voués à destruction – Les développements précédents ont permis d'établir que le patient est propriétaire des éléments et produits de son corps une fois détachés. Il décide ensuite, dans les limites que la loi impose à sa libre disposition du bien, de le donner à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Lorsque les éléments et produits du corps détachés de la personne ne sont voués à aucune finalité prévue par la loi, la question de leur statut se pose. Leur circulation juridique semble compromise. Si toutefois un rapport d'appropriation se crée, le droit de propriété devrait, par exemple, permettre au patient de conserver les éléments et produits issus d'une opération. À l'inverse, si la chose n'est pas appropriable le patient n'a aucun droit dessus et le droit pénal ne pourra *a priori* intervenir, à tout le moins en considération d'une interprétation stricte de la notion de propriété. Ces interrogations surgissent en premier lieu lorsque les éléments ou produits du corps sont détachés à l'occasion de certaines activités médicales ou encore esthétiques, hypothèses qui sont réglementées par le Code de la santé publique et qui concernent donc les déchets de soin. Elles apparaissent, en second lieu, lorsque le détachement concerne les pièces anatomiques, c'est-à-dire celles prélevées ou détachées en dehors de ces activités médicales ou esthétiques à l'instar de l'affaire « du doigt coupé » de Janel Daoud¹⁷²⁶.

560. Annonce de plan – Les éléments et produits voués à destruction pourraient alors être soumis à une application différente du droit pénal des biens, dans la mesure où celui-ci concerne les éléments et produits inappropriables (A) et appropriables (B).

¹⁷²⁶ Pour un exemple fictif, voir J.- P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, op. cit. La main de l'ouvrier a été sectionnée suite à un accident de travail puis jetée dans une chaudière de chauffage central. L'auteur s'interroge sur les différentes qualifications pénales applicables.

A. L'application du droit pénal des biens aux éléments et produits inappropriables

561. La fin de la circulation juridique du bien – Les interrogations portent ici sur l'application du droit pénal des biens aux éléments et produits ne faisant pas l'objet d'une finalité thérapeutique ou scientifique. Il s'agit de ceux qui auraient pu être destinés à une pareille finalité sur consentement écrit ou présumé du patient, destination que celui-ci a refusé, et de ceux qui n'ont jamais été voués à une finalité thérapeutique ou scientifique et qui sont donc classés d'office dans la catégorie des déchets de soin¹⁷²⁷. Deux hypothèses se dégagent, celle de la destruction du bien qui aurait pu faire l'objet d'une finalité thérapeutique et donc d'une circulation juridique, puis celle dans laquelle l'élément ou produit est voué d'office à destruction et n'est susceptible d'aucune circulation juridique.

562. Annonce de plan – Toutefois, il n'est pas acquis que ces deux hypothèses confèrent un statut différent à ces éléments et produits. En effet, la fin de la circulation juridique d'un déchet de soin le rend inappropriable (1) et il faudra alors étudier les infractions pouvant être réprimées (2).

1) Le caractère inappropriable des déchets de soin

563. L'absence de sanction pénale – Particulièrement dangereux pour l'environnement, les déchets de soin ainsi que les pièces anatomiques voient leur gestion fortement réglementée, étant donné qu'une obligation de destruction incombe à toute personne qui les produit¹⁷²⁸. Il a été expliqué que l'extra-commercialité absolue faisait obstacle à la qualification juridique de bien¹⁷²⁹, puisque ceux-ci ne sont plus disponibles et ne peuvent faire

¹⁷²⁷ Aux termes de l'article R. 1335-1 du CSP. Il faut ajouter à cela les pièces anatomiques, définies à l'article R. 1335-9 du CSP.

¹⁷²⁸ L'article R. 1335-2 du CSP dispose que « toute personne qui produit des déchets définis à l'article R. 1335-1 est tenue de les éliminer. Cette obligation incombe : 1° À l'établissement de santé, l'établissement d'enseignement, l'établissement de recherche ou l'établissement industriel, lorsque ces déchets sont produits dans un tel établissement ; 2° À la personne morale pour le compte de laquelle un professionnel de santé exerce son activité productrice de déchets ; 3° Dans les autres cas, à la personne physique qui exerce à titre professionnel l'activité productrice de déchets ». Cette obligation inclut les déchets à risque infectieux (articles R. 1335-1 s. du CSP), mais également les pièces anatomiques (article R. 1335-10 du CSP, qui lui-même opère un renvoi aux articles R. 1335-2 à R. 1335-7 du CSP réglementant la destruction des déchets de soins).

¹⁷²⁹ Voir *supra* n° 489.

l'objet de conventions à titre gratuit. En conséquence, même si le fait que le patient renonce à les faire circuler dans le commerce juridique peut être qualifié d'abandon, cela ne rend pas ces éléments et produits appropriables pour autant. Cet acte met seulement fin à la circulation juridique du bien, ce qui se produit également lorsque les déchets sont voués d'office à destruction.

Qu'en est-il alors de la responsabilité pénale de celui qui s'en empare ? De prime abord, faute d'une atteinte à la « valeur sociale propriété » le droit pénal des biens ne peut s'appliquer. Il faudrait alors en déduire que le statut de déchet de soin conféré à ces éléments et produits les rend librement utilisables, à l'instar du placenta qui pouvait, antérieurement à la loi du 6 août 2004, être transformé en cosmétiques ou en médicaments par les laboratoires¹⁷³⁰. De surcroît, le Code de la santé publique ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de l'obligation de destruction de ces déchets. Tout au plus l'auteur se voit sanctionné au vu du non-respect des règles de gestion des déchets¹⁷³¹, ou encore de leur vente. Le caractère inappropriable de ces déchets semble alors conduire à l'absence de responsabilité pénale de l'auteur mais il faut également envisager d'appliquer les dispositions du Livre V du Code pénal.

564. Les sanctions tenant au droit pénal technique – La caractère inappropriable de ces éléments et produits fait obstacle à l'application du droit pénal des biens. Toutefois, l'incrimination n'est pas l'unique moyen de prévenir et réprimer ces comportements. En effet, des sanctions tenant au non-respect des autorisations de recherche sont encourues¹⁷³². Il n'est alors peut-être pas nécessaire de soumettre ces comportements au droit pénal des biens humains, du moins lorsque ces déchets de soin sont soustraits, par exemple, en vue de les destiner à une recherche scientifique. En revanche, la transformation ou la conservation de ces éléments et produits à d'autres fins n'entre pas dans cette catégorie. Il faut alors déterminer dans quelle mesure l'application du droit pénal des biens humains est nécessaire.

¹⁷³⁰ Voir *supra* n° 502.

¹⁷³¹ Article L. 541-1 du Code de l'environnement.

¹⁷³² Voir par exemple l'article 511-5-2 al. 1^{er} 1° du Code pénal : « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende le fait de conserver et de transformer à des fins scientifiques, y compris à des fins de recherche génétique, des organes, des tissus, des cellules ou du sang, ses composantes : 1° Sans en avoir fait la déclaration préalable prévue à l'article L. 1243-3 du Code de la santé publique ».

2) *Les infractions commises à l'encontre des déchets de soin*

565. L'appropriation des éléments et produits du corps humain – L'extra-commercialité absolue d'un déchet de soin, comme un organe ou un membre amputé lors d'une opération¹⁷³³, fait obstacle à la naissance d'un droit de propriété. Il faut alors déterminer, d'une part, de quelle manière le droit pénal peut s'appliquer, de sorte à ne pas laisser ces éléments et produits librement accessibles et, d'autre part, si une intervention pénale est opportune.

Il a été démontré que le droit pénal aborde la notion d'extra-commercialité avec souplesse¹⁷³⁴, notamment car la Cour de cassation a jugé à propos du vol de stupéfiants que « la circonstance que la chose qui aurait été soustraite serait une marchandise illicite et hors commerce, est sans influence sur la qualification de vol »¹⁷³⁵. Il faut toutefois rappeler que, contrairement aux éléments et produits du corps, les stupéfiants entrent dans la catégorie des « choses dangereuses à commercialité limitée »¹⁷³⁶ et peuvent donc circuler, ne serait-ce que parce que certains d'entre eux font l'objet d'une prescription médicale. La solution n'est alors pas entièrement transposable, à ceci près qu'elle témoigne de la tendance à faire de la réponse pénale la sanction d'un trouble à l'ordre public plus qu'à l'appropriation¹⁷³⁷. Il faut alors en appeler à cette souplesse du droit pénal et admettre que même en l'absence d'appropriation effective l'infraction de vol peut être constituée. En conséquence, dans l'exemple précédemment cité de trafic d'embryons issus d'interruption volontaire de grossesse¹⁷³⁸ les auteurs se rendraient coupables de vol. Au regard des éléments constitutifs contenus dans les nouvelles incriminations proposées, ces infractions pourraient alors être constituées¹⁷³⁹. Le vol peut mener à un recel, qui serait constitué si la chose provient d'un crime ou d'un délit. Cette infraction est de ce fait transposable à celui qui, après une interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée, conserve l'embryon aux fins de recherche¹⁷⁴⁰. Le droit pénal des biens humains s'appliquerait alors à l'auteur d'une soustraction des déchets de soin en prenant appui sur une interprétation téléologique de la loi pénale, qui permettrait d'étendre le contenu

¹⁷³³ Art R. 1335-9 du CSP.

¹⁷³⁴ Voir *supra* n° 491.

¹⁷³⁵ Cass. crim. 5 novembre 1985, n° 85-94.640.

¹⁷³⁶ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. préc., spéc. p. 50 s.

¹⁷³⁷ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, op. cit., p. 92.

¹⁷³⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I.

¹⁷³⁹ Concernant l'appropriation frauduleuse, les textes suivants ont été proposés : « *La soustraction frauduleuse d'éléments ou produits du corps humain, autres que les embryons, est punie de (...).* » « *La soustraction frauduleuse d'embryons est punie de (...).* ». Voir Annexe p. 629.

¹⁷⁴⁰ Trib. corr. de Fontainebleau 25 avril 1947 ; D. 1947 p. 312.

de la « valeur sociale propriété ». Il faut dès lors appliquer une démarche identique concernant la circulation frauduleuse des déchets de soin.

566. La circulation frauduleuse des déchets de soin – Tout comme les hypothèses précédentes, le principe de non-patrimonialité est applicable aux déchets de soin ce qui procrie par conséquent leur vente. Plus encore, le caractère extra-commercial des déchets les exclut de toute convention, même à titre gratuit. L'originalité des infractions liées à la circulation frauduleuse est que le patient peut s'en rendre lui-même coupable au même titre que les tiers. Plusieurs qualifications sont envisageables. S'il s'agit de professionnels de santé, le fait de destiner ces déchets à un laboratoire de recherche par exemple, est constitutif des infractions relatives à la gestion des déchets de soins. Enfin, en cas de cession à titre onéreux, les articles 511-2 et 511-4, 511-9 et 511-15 du Code pénal relatifs à la vente d'éléments et produits du corps humain s'appliqueront à l'encontre du patient comme des professionnels de santé. Il peut alors être proposé, comme tel a été le cas concernant les éléments et produits voués à une finalité thérapeutique ou scientifique, de déplacer ces articles dans la nouvelle Section du Code pénal relative à la cession à titre onéreux des éléments et produits du corps humain¹⁷⁴¹. Enfin, il est à noter que l'escroquerie et l'abus de confiance ne sauraient être constitués sur des choses dont la circulation est illicite, et les atteintes à l'intégrité de ces choses ne peuvent par définition être sanctionnées, puisque ces dernières sont vouées à destruction.

567. L'application modérée du droit pénal des biens humains – Il ressort donc de ces développements que certains comportements sont déjà réprimés au sein du Livre du Code pénal, ou que l'intervention du droit pénal commun semble subsidiaire. En effet, la circulation frauduleuse des déchets de soin serait essentiellement mise en œuvre, du moins peut-on le supposer, dans l'optique d'effectuer des recherches illégales. Or, ce comportement est déjà réprimé par des infractions relevant du droit pénal technique contenues dans le Livre V du Code pénal. Néanmoins, ces articles ne concernent que les recherches qui sont menées dans le cadre d'une activité médicale, ce qui ne recouvrirait peut-être pas toutes les hypothèses. Pour autant, l'on peut imaginer qu'un déchet de soin soit soustrait suite à une opération chirurgicale afin d'être utilisé, par exemple, pour une activité artistique¹⁷⁴². Dans ce cas, le comportement ne

¹⁷⁴¹ Voir Annexe p. 630.

¹⁷⁴² Pour l'utilisation de cadavres ou d'éléments et produits prélevés sur des cadavres dans une finalité artistique, voir *infra* n° 506.

répond pas à ces incriminations relevant du Livre V du Code pénal et il semblerait alors opportun qu'un tel acte déclenche l'intervention du droit pénal. Dans cette hypothèse, les infractions relatives à l'appropriation ou à la cession frauduleuse des éléments ou produits du corps humain¹⁷⁴³ s'appliqueraient.

L'application du droit pénal commun aux déchets de soin serait alors modérée, essentiellement car le Livre V du Code pénal contient des incriminations qui peuvent être adaptées aux comportements envisagés. Le caractère inappropriable de ces déchets ne leur est alors pas préjudiciable et il faut appliquer une démarche similaire aux pièces anatomiques qui, elles, peuvent faire l'objet d'un droit de propriété.

B. L'application du droit pénal des biens aux éléments et produits appropriables

568. La disposition par le propriétaire de son bien – Parmi les quelques affaires ayant pu soulever des interrogations, le juge a considéré que le doigt de Janel Daoud était une chose soumise aux dispositions applicables aux objets confisqués et restitués aux détenus à leur libération. Pour autant, le juge n'a pas explicitement affirmé l'existence d'un droit de propriété. L'individu dont le doigt ou la main est coupé, de son fait ou du fait d'un tiers, est-il titulaire d'un droit de propriété ? En effet, à l'inverse des hypothèses précédentes, aucun texte n'autorise la circulation de cette chose ni oblige son propriétaire à sa destruction¹⁷⁴⁴. Les seules dispositions applicables sont les articles 16-1 alinéa 3 et 16-5 du code civil, qui prohibent toute convention ayant pour objet de conférer un droit patrimonial au corps humain. Néanmoins, cela n'interdit pas pour autant son appropriation puisque la valeur pécuniaire et patrimoniale d'une chose ne sont pas des critères pris en compte dans la définition du bien. Seule compte sa disponibilité, qui lui permettra d'être dans le commerce juridique. Si aucune disposition légale n'autorise la circulation juridique de ce doigt, rien ne l'interdit non plus car seule la circulation économique est interdite¹⁷⁴⁵. Il faut alors distinguer deux hypothèses. L'on peut imaginer que le membre d'une personne est sectionné, à l'encontre de sa volonté ou non. Dans la première

¹⁷⁴³ Voir Annexe p. 629 s.

¹⁷⁴⁴ Le don des éléments et produits du corps humain est en effet possible dans un contexte médical et les articles relatifs aux déchets de soins ou pièces anatomiques s'appliquent à des situations particulières, dans lesquelles cette hypothèse n'entre pas faute de contexte médical.

¹⁷⁴⁵ Articles 16-1 et 16-5 du Code civil.

configuration, elle souhaite le récupérer et dans la seconde configuration, elle souhaite l'abandonner.

569. La conservation de la pièce anatomique – Si elle souhaite conserver ce membre, *a priori* rien ne l'empêche d'exercer un droit de propriété dessus d'autant que si cette partie du corps lui est greffée, ceci témoigne de son utilité au travers de sa valeur d'usage¹⁷⁴⁶. Les éléments et produits du corps font partie des choses disposant d'une utilité des plus affirmées, surtout pour le propriétaire initial. La relation de la personne à son corps est telle qu'un organe n'est pas totalement interchangeable, à tout le moins pas dans la perception du patient. Il en ressort que, dès lors que cet élément a une utilité pour l'individu dont il provient, celui-ci peut se l'approprier. En revanche, il n'est pas acquis qu'elle puisse le conserver car si le législateur n'impose pas la destruction de ces pièces anatomiques, les dispositions du Livre V du Code pénal réglementent la conservation des éléments et produits¹⁷⁴⁷. De plus, cette chose n'aurait aucune utilité pour lui sauf à démontrer une valeur morale. En d'autres termes, la personne est propriétaire de l'élément ou produit détaché de son corps s'il a une utilité réelle pour elle, ce qui lui confère donc les prérogatives du droit de propriété. Parmi celle-ci se trouve le droit d'abandonner le bien, ce qui met fin au droit de propriété.

570. L'abandon de la pièce anatomique – Si le propriétaire ne souhaite pas conserver ce membre, cet acte peut être qualifié d'abandon. En effet, il s'en désintéresse ne voit plus aucune utilité à ce bien. En conséquence, ce membre semble librement appropriable par le premier occupant venu, qui se verrait néanmoins appliquer les règles relatives à la conservation frauduleuse des éléments et produits du corps humain. Il pourrait également être sanctionné en cas de cession à titre onéreux de ce membre. Toutefois, certains éléments et produits comme les cheveux peuvent faire l'objet d'une cession à titre onéreux donc un tel acte ne serait pas sanctionné. Il faut alors en déduire que l'intervention du droit pénal ne peut être déclenchée lorsque celui qui récupère les cheveux d'un individu se les approprie et tire profit de leur vente. Il en ressort que les infractions pouvant être commises par les tiers concernent les pièces anatomiques faisant l'objet d'un droit de propriété.

¹⁷⁴⁶ Voir *supra* n° 480.

¹⁷⁴⁷ Articles 511-5-2 et 511-19-1 1° et 2° du Code pénal.

571. Les infractions commises par les tiers – Le droit de propriété ayant été établi, il en résulte que tout tiers qui s'approprierait cette main ou ce doigt pourrait se rendre coupable de vol¹⁷⁴⁸, de cession à titre onéreux ou encore d'atteinte à l'intégrité de ce bien. En effet, si la personne souhaite conserver ce membre en vue d'une greffe, il peut être imaginé que cette finalité ne puisse être envisagée à cause de la dégradation, volontaire ou involontaire, de cet élément. Les incriminations précédemment proposées pour les éléments et produits et qui seraient incluses dans ce nouveau Titre relatif au droit pénal des biens humains sont alors applicables. Enfin, si la personne a abandonné ce membre, il devient alors appropriable par le premier occupant, qui en disposera dans la limite des lois et des règlements.

Au regard des attributs que lui confèrent ce droit, la personne peut donc détruire ce membre ou l'abandonner s'il elle souhaite¹⁷⁴⁹. De surcroît, le principe de non-patrimonialité du corps humain, dont le droit pénal s'est saisi au travers des articles 511-2, 511-4, 511-9 et 511-15 du Code pénal, sanctionne la cession à titre onéreux de cette main ou de ce doigt. Il s'agit alors, au vu de l'article 1598 du Code civil, d'une chose dans le commerce mais qui ne peut être vendue en raison de ces dispositions qui en prohibent l'aliénation. En conséquence, si l'individu en est propriétaire l'atteinte à ces pièces anatomiques déclenche la répression pénale.

572. Conclusion de la Section 1 – Il ressort de cette démonstration que l'application du droit pénal des biens aux éléments et produits du corps humain peut être envisagée, soit en proposant de nouvelles incriminations, soit en tirant profit de l'autonomie du droit pénal pour étendre certaines incriminations de droit pénal commun ou de droit pénal des biens humains. En premier lieu, il a été constaté que les éléments et produits voués à une finalité médicale sont appropriés par le patient qui décide de la circulation de ces biens lors du don. En conséquence, ils peuvent faire l'objet de plusieurs infractions comme le vol ou l'atteinte volontaire ou involontaire à leur intégrité, qui aurait pour résultat de les rendre impropres à la finalité à laquelle ils sont voués. Une protection accrue de ces biens humains a pu être proposée, dans un

¹⁷⁴⁸ J.- P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993.

¹⁷⁴⁹ *Contra*, voir par exemple M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc., spéc. 595 : l'auteur réfute la théorie d'un droit de propriété sur le corps humain, ses éléments et ses produits. Elle écrit fort justement, pour défendre cette idée, qu'« il ne suffit pas [en effet] que, de fait, le droit ne puisse rien pour empêcher l'acte de disposition ; il faut, en plus, qu'il protège celui-ci, le cas échéant devant les tribunaux. Ainsi, par exemple, une personne peut se couper une main et la détruire, ou même se détruire entièrement par le suicide. Mais, contrairement à ce que font certains auteurs, il ne faut certainement pas en déduire que la personne est propriétaire de sa main ou encore d'elle-même. Il s'agit uniquement d'un simple pouvoir de fait sur soi-même, et nullement d'un pouvoir de droit, d'un pouvoir reconnu et protégé par le droit, et qui serait donc un droit de propriété ».

nouveau Titre inséré dans le Livre III du Code pénal relatif aux biens. Celui-ci comprendrait de nouvelles incriminations mais également certaines dispositions actuellement codifiées dans le Livre V du Code pénal, dans l'optique de rassembler les textes protégeant des valeurs sociales identiques.

En second lieu, les éléments et produits du corps peuvent être voués à destruction, ce qui modifie leur rapport juridique avec l'individu puisqu'ils ne peuvent plus circuler juridiquement. Dans cette hypothèse, il a fallu distinguer les déchets de soin, qui ont un caractère inappropriable, des pièces anatomiques, qui sont appropriables. Dans les deux cas, il est apparu que le droit pénal en vigueur répondait à certains comportements frauduleux, comme le fait d'effectuer des recherches en violation des dispositions légales. Cette incrimination peut en effet apporter une réponse pénale à l'acte de soustraire ces éléments et produits en vue d'une recherche clandestine. En dehors de ces incriminations, lorsque les éléments et produits sont inappropriables le droit pénal des biens ne peut *a priori* s'appliquer, sauf à faire appel à l'autonomie du droit pénal et ainsi étendre le contenu de la « valeur sociale propriété ». En effet, le droit pénal appréhende la notion de choses hors commerce avec souplesse. La primauté du trouble causé à l'ordre public justifie que la « valeur sociale propriété » soit protégée même si le bien n'est pas approprié, voire non appropriable. Le droit pénal des biens humains a ainsi pu être appliqué.

Enfin, dans toutes les autres hypothèses il s'agit de pièces anatomiques, comme un membre sectionné lors d'un accident, et celles-ci sont appropriables. Rien n'interdit alors leur circulation juridique à titre gratuit et rien n'indique qu'elles font l'objet d'une obligation de destruction. Si la personne décide de conserver cet élément ou produit, par exemple afin qu'il lui soit greffé, le droit pénal des biens pourrait s'appliquer à toute infraction causée à la « valeur sociale propriété ». En revanche, si le propriétaire abandonne son bien il faudrait en déduire qu'il est appropriable par le premier occupant. Celui-ci resterait cependant soumis aux incriminations en vigueur, qui répriment par exemple le fait de conserver illégalement des éléments et produits.

Le droit pénal des biens humains pourrait être appliqué avec succès, bien que de façon modérée, aux éléments et produits du corps. Il convient alors d'appliquer cette démarche aux restes humains, qui peuvent également faire l'objet d'un droit de propriété. La faiblesse de

certaines incriminations a en effet été constatée¹⁷⁵⁰ et un régime favorable pourrait sans doute leur être appliqué.

Section 2 : Les atteintes à la dépouille mortelle

573. La classification des atteintes à la dépouille mortelle – Le droit pénal s’est révélé inadapté à la répression des atteintes au corps en décomposition. En premier lieu, à la lecture de l’article 225-17 alinéa 2 du Code pénal, l’urne cinéraire et, en conséquence, les cendres qu’elle contient sont incluses dans les atteintes aux sépultures¹⁷⁵¹. Pourtant, l’article 16-1-1 du Code civil dispose que « le respect du corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Les cendres sont assimilées au cadavre mais le droit pénal les appréhende au titre des atteintes à l’urne funéraire. Bien que, comme le souligne A. GAILLIARD, les juges retiennent tout de même l’infraction d’atteinte à l’intégrité du cadavre lorsqu’il est porté atteinte aux cendres, il est nécessaire, ne serait-ce que par rigueur, d’insérer les cendres à l’alinéa 1^{er} de l’article 225-17 du Code pénal et ainsi les joindre au cadavre¹⁷⁵².

574. La distinction des atteintes à la dépouille mortelle – En second lieu, l’atteinte à l’intégrité du cadavre ou des cendres, au surplus au nom de la dignité de la personne, est une qualification dont la pertinence laisse dubitatif¹⁷⁵³. Aux termes de cette incrimination, tout comportement hostile envers le corps en décomposition¹⁷⁵⁴ ou les cendres constitue une atteinte à leur intégrité, sans aucune gradation dans la sanction et sans réellement refléter la valeur

¹⁷⁵⁰ Voir *supra* Partie I, Titre 2, Chapitre II.

¹⁷⁵¹ Article 225-17 al. 2 du Code pénal : « La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit de tombeaux, de sépultures, d’urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende. ». Les atteintes portées à l’urne cinéraire dépassent le cadre de cette étude, aussi renverra-t-on aux travaux de A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures, op. cit.*, p. 209 s.

¹⁷⁵² A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures, op. cit.*, p. 249. Sur la modification de l’incrimination en ce sens, voir Annexe p. 632.

¹⁷⁵³ Voir *supra* n° 298 s.

¹⁷⁵⁴ Le cadavre inclut désormais celui du fœtus viable, considéré comme une personne, voir *supra* n° 361 s. Il inclut également le cadavre de l’enfant mort-né car, bien qu’il ne soit pas une personne, le traitement particulier qu’il reçoit justifie ce régime. L’enfant mort-né peut en effet bénéficier de funérailles et, même s’il est considéré comme une pièce anatomique vouée à incinération ses cendres sont dispersées dans le jardin des souvenirs, voir *supra* n° 516.

sociale atteinte¹⁷⁵⁵. Il pourrait être opposé à ce constat que la sanction prononcée est graduée au regard de la gravité des actes de l'auteur. Toutefois, comment décider, dans le respect du principe de légalité, de la sanction prononcée sans une description du comportement par le texte ? Les actes perpétrés sont variables et ne témoignent pas d'une hostilité identique aux valeurs sociales protégées. En outre, celles-ci diffèrent car, par exemple, si toute lésion porte atteinte à l'humanité que le cadavre représente, certains comportements se doublent d'une atteinte à la propriété de la famille ou de l'hôpital qui effectue des recherches. Il semble alors de prime abord plus pertinent et plus rigoureux de rassembler certains de ces comportements, au regard des éléments constitutifs des infractions en vigueur.

575. Le rassemblement des atteintes à la dépouille mortelle – Cette incrimination a néanmoins le mérite d'être dotée d'une matérialité extensive et peut ainsi inclure tous les comportements attentatoires au cadavre et aux cendres. La critique principale qui a été formulée tient à la faiblesse de la peine encourue, ce qui a pour conséquence que la peine prononcée ne peut être représentative de la gravité de l'atteinte. En effet, le juge n'aura qu'une faible marge de manœuvre puisque la peine fulminée par l'article 225-17 du Code pénal n'est que d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Il faudra alors envisager ces deux configurations au regard de leurs avantages et inconvénients respectifs.

576. Annonce de plan – Si cette classification de ces différentes atteintes s'opère, en théorie, au regard des valeurs sociales protégées, toutes les incriminations à venir comportent des valeurs sociales communes. Il faudra alors se reposer sur les éléments constitutifs des infractions pour les rassembler les comportements qui conduisent à un détournement du cadavre et des cendres (§1), ainsi qu'à l'atteinte à leur intégrité (§2).

§ 1 - Le détournement du cadavre et des cendres

577. La diversité des comportements attentatoires à la dépouille mortelle – En tant que supports de la « valeur sociale propriété », les éléments et produits du corps humain peuvent se voir appliquer le droit pénal des biens. Dès lors, cette même démarche est envisageable pour

¹⁷⁵⁵ Sur l'incohérence dans la sanction des différentes atteintes au cadavre, voir *infra* n° 298. Peu importe la gravité du comportement, la peine encourue est d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende (article 225-17 al. 1^{er} du Code pénal).

le cadavre et les cendres, qui constituent eux aussi des biens. Les mobiles pouvant conduire à des comportements attentatoires à ces biens sont identiques aux précédents. L'auteur peut en effet avoir l'intention d'appréhender la dépouille mortelle aux fins de recherche ou d'utilisations illégales. En outre, le cadavre peut constituer l'objet d'une infraction et, comme le corps révèle le résultat, il devient une preuve que l'auteur souhaiterait voir détruite. La dépouille peut alors subir des atteintes à son intégrité motivées entre autres par une tentative d'entrave à la saisine de la justice.

578. L'absence de lésion matérielle – En outre, la matérialité de l'atteinte à l'intégrité du cadavre est extensive et pourrait recouvrir de nombreux comportements. Il convient de rappeler que la Cour de cassation a considéré à propos de la publication de la photo d'une victime d'un meurtre, que la seule diffusion ne suffit pas à constituer l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre car il est nécessaire d'accomplir un acte matériel touchant physiquement le corps¹⁷⁵⁶. En d'autres termes, il faut en déduire que le vol de la dépouille mortelle ou sa cession à titre onéreux ne sont pas réprimés faute de lésion matérielle. Il faut alors envisager la création de nouvelles incriminations qui pourraient apporter une réponse pénale aux comportements attentatoires à la dépouille mortelle et dénués de toute lésion matérielle. Toutefois, les termes de lésions matérielles peuvent être interprétés de façon extensive et inclure toute appréhension physique du cadavre. Il faudra alors déterminer dans un premier temps l'opportunité d'incriminer le détournement du cadavre et des cendres de façon autonome puis, ultérieurement, l'opportunité de l'inclure dans les atteintes à l'intégrité du cadavre¹⁷⁵⁷.

579. Annonce de plan – Le cadavre et les cendres peuvent être détournés de diverses manières puisque le corps en décomposition sert différents intérêts. Ces biens humains peuvent essentiellement faire l'objet de soustraction frauduleuses et de recel (**A**), ainsi que de cessions frauduleuses (**B**).

¹⁷⁵⁶ Cass. crim. 1^{er} mars 2017, arrêt préc.

¹⁷⁵⁷ Voir *infra* n° 590.

A. La soustraction et le recel de la dépouille mortelle

580. La soustraction de cadavres anciens – Le cadavre perd, avec le temps, couplé à l'intérêt historique qu'il représente, la protection qui lui était accordée par le droit pénal au titre des atteintes à la personne. L'humanité du cadavre se drape alors d'une autre dimension. Le temps et l'intérêt historique octroient à ces dépouilles un autre régime, qui se révèle plus respectueux que les règles applicables aux cadavres dénués de dimension culturelle. En effet, les dépouilles classées dans les biens culturels peuvent non seulement recevoir la protection du droit des biens mais les sanctions encourues sont plus sévères. En application des incriminations en vigueur le statut du cadavre ancien est satisfaisant car l'article 311-4-2 du Code pénal sanctionne le vol d'un bien public culturel de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. Leur ancienneté constitue en outre une circonstance aggravante de l'infraction de vol¹⁷⁵⁸. Les restes humains qui entrent dans cette catégorie bénéficient donc d'une protection pénale accrue en raison leur importance culturelle. À l'inverse, le cadavre et les cendres « nouveaux » ne bénéficient pas d'une telle protection. En effet, la qualification de bien ne leur est pas reconnue et l'atteinte à l'intégrité du cadavre n'est que faiblement sanctionnée¹⁷⁵⁹.

581. La soustraction frauduleuse de cadavres « contemporains » – Antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et, de fait, de l'article 225-17 de ce Code, la jurisprudence a pu qualifier une soustraction de cadavres de vol dans l'arrêt du tribunal correctionnel de Nice rendu le 22 décembre 1952¹⁷⁶⁰. En l'espèce, deux individus ont retiré les os de plusieurs prêtres de leur cercueil, conduisant à une condamnation pour violation de sépulture mais également pour vol. La « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » dont les restes humains peuvent faire l'objet peut être imaginée dans différentes hypothèses. Certaines Universités clandestines avaient pour coutume de se procurer des cadavres dans les cimetières¹⁷⁶¹ afin de pourvoir aux besoins que nécessitaient leurs recherches. À l'instar de la soustraction frauduleuse d'embryons ou d'éléments et produits du corps, la soustraction frauduleuse du cadavre trouverait à être qualifiée de vol. En ce sens, X. LABBÉE considère que « cette qualification, qui ne concerne que les meubles, peut être appliquée à la dépouille

¹⁷⁵⁸ Article 311-4-2 du Code pénal.

¹⁷⁵⁹ Article 225-17 al. 1^{er} du Code pénal.

¹⁷⁶⁰ Trib. corr. Nice, 22 décembre 1952 ; *D.* 1953, jurispr. p. 139. Antérieurement, dans le même sens, voir Cour cass. 17 mai 1882 ; Sirey 1, 297.

¹⁷⁶¹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

mortelle et aux restes humains dès lors qu'ils ne sont pas "abandonnés" »¹⁷⁶². Le tribunal correctionnel de Fort-de-France a qualifié de tentative de vol le fait de s'introduire dans la tombe afin de prélever des morceaux de chair humaine. L'on peut également imaginer qu'un vol de cendres survienne¹⁷⁶³, ce qui pourrait permettre le déclenchement de l'intervention pénale dès lors que celles-ci peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. Ces actes ont été qualifiés de vol à défaut de l'incrimination d'atteinte à l'intégrité du cadavre, ce qui amène à conclure que ce comportement serait, au regard du droit positif, réprimé à ce titre. Or, si le cadavre et les cendres font l'objet d'un droit de propriété une nouvelle incrimination pourrait être créée, la peine encourue étant laissée aux soins du législateur.

Cette atteinte peut être sanctionnée sous la qualification de soustraction frauduleuse du cadavre ou des cendres. Les incriminations dont le cadavre fait l'objet seraient rassemblées dans un Chapitre I du Titre relatif aux biens humains, et ce Chapitre s'ouvrirait sur une Section intitulée « Des appropriations frauduleuses »¹⁷⁶⁴. Aussi peut-on envisager une nouvelle incrimination qui serait rédigée ainsi :

« La soustraction frauduleuse d'un cadavre ou des cendres d'une personne dont le corps a donné lieu à crémation est punie de (...). »

Il en ressort que le cadavre et les cendres bénéficient d'une protection satisfaisante lorsqu'ils sont soumis au régime des biens culturels. Concernant le cadavre contemporain ainsi que les cendres, l'application du droit pénal des biens humains pourrait conduire à réprimer la soustraction frauduleuse et le recel, qui s'ensuit parfois, doit désormais être envisagé.

582. Le recel de la dépouille mortelle – Anciennement réprimé au titre des infractions aux lois sur l'inhumation, le fait de conserver frauduleusement un cadavre est actuellement réprimé par l'article 434-7 du Code pénal qui dispose que « le fait de receler ou cacher le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou décédée des suites de violences est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». Divers comportements sont réprimés, comme le fait d'inhumer clandestinement un cadavre¹⁷⁶⁵, de l'immerger dans une

¹⁷⁶² En ce sens, voir X. LABBÉE, « Cadavre(s) et Lois bioéthiques », art. préc., spéc. p. 323.

¹⁷⁶³ F. MELIN, « La crémation : à propos de quelques aspects juridiques », *JCP N*, 2001, n° 2, p. 56.

¹⁷⁶⁴ Voir Annexe p. 632.

¹⁷⁶⁵ CA Limoges, 8 mai 1961, DP 1861 2 496.

malle jetée dans l'eau¹⁷⁶⁶, ou encore d'embaumer la dépouille afin de dissimuler les causes du décès¹⁷⁶⁷.

La valeur sociale protégée n'est pas ici l'humain car il s'agit de réprimer l'entrave à la saisine de la justice¹⁷⁶⁸, ce qui pourrait expliquer la faible gravité de la peine. L'atteinte à l'intégrité du cadavre n'est toutefois sanctionnée que d'une peine d'un an d'emprisonnement. Force est de constater qu'il n'existe aucune cohérence dans la sanction de ces comportements, sauf à considérer que la dignité¹⁷⁶⁹ est un intérêt protégé de moindre importance par rapport à la saisine de la justice. En outre, certaines hypothèses dans lesquelles la mort ne résulte pas d'un homicide ou de violences sont exclues du champ de l'incrimination. P. MAISTRE DU CHAMBON déplore par exemple que cet article ne soit pas applicable au suicide, au regard de la répression de la provocation au suicide qui s'assimile à des violences¹⁷⁷⁰. Cette infraction serait actuellement réprimée sous la qualification d'inhumation non autorisée¹⁷⁷¹, au titre des atteintes à l'état civil des personnes et non d'atteinte à l'intégrité du cadavre, alors qu'il s'agit davantage de porter atteinte à un corps plus qu'à l'état civil de l'ancienne personne qu'il représente.

Il est alors envisageable de maintenir l'article 434-7 au titre des entraves à la découverte d'une infraction et d'en modifier la rédaction, de sorte que ce texte puisse inclure toutes les infractions préalables dont pourraient provenir le cadavre ou les cendres. En d'autres termes, la rédaction pourrait être un décalque de celle actuellement applicable au recel¹⁷⁷² et se présenter ainsi¹⁷⁷³ :

« Le fait de receler le cadavre ou les cendres d'une personne dont le corps a donné lieu à crémation dans le but d'entraver les recherches de la justice est puni de (...). »

Les infractions à l'encontre du cadavre et des cendres se traduit d'abord par l'appropriation frauduleuse, qui constitue un détournement de la propriété du bien, ainsi que

¹⁷⁶⁶ Cass. crim. 9 janvier 1997, n° 96-85.017.

¹⁷⁶⁷ Cass. crim. 9 octobre 2007, n° 06-86.126.

¹⁷⁶⁸ X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 234 : « Le receleur n'est pas puni en raison de l'objet qu'il dissimule, mais parce qu'en dissimulant le cadavre, il empêche la justice de découvrir une infraction ».

¹⁷⁶⁹ L'atteinte à l'intégrité du cadavre est réprimée au titre des atteintes à la dignité de la personne.

¹⁷⁷⁰ P. MAISTRE DU CHAMBON, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Recel de cadavre, janvier 2009, n° 18.

¹⁷⁷¹ Article R. 645-6 du Code pénal. J.-M. BRIGAN, « Mort(s) et droit pénal », art. préc., spéc. p. 399.

¹⁷⁷² L'article 434-7 du Code pénal mentionne le fait le « receler ou de cacher le cadavre ». Or, ces deux termes sont jugés identiques par la doctrine, donc seul le terme de « receler » sera retenu, au regard de la clarté du texte. Voir J.-M. BRIGAN, « Mort(s) et droit pénal », art. préc., spéc. p. 400.

¹⁷⁷³ Voir Annexe p. 633..

par le recel. Ces incriminations ont pour mérite de recouvrir des comportements ne supposant pas de lésions matérielles, bien qu'ils supposent une appréhension matérielle du cadavre. Dès lors, si le choix est fait de conserver une incrimination unique d'atteinte à l'intégrité du cadavre, l'interprétation quelque peu extensive de la loi pénale pourrait permettre de réprimer ce comportement. Il faudra alors analyser l'opportunité d'une telle qualification, sous un angle prospectif. La cession à titre onéreux de la dépouille mortelle n'est quant à elle pas réprimée. Il convient d'envisager une incrimination autonome à ce titre.

B. La cession à titre onéreux des restes humains

583. L'exploitation du cadavre et des cendres à des fins illégales – Les lois de 1994 ont octroyé une protection au corps humain au titre, notamment, de l'extra-patrimonialité. Cette protection s'étend au cadavre. L'utilisation d'un cadavre à des fins autres que celles autorisées par la loi, comme les autopsies, a déjà fait l'objet de certaines affaires. Le chef de l'Institut médico-légal de Novossibirsk a par exemple été condamné pour avoir exporté illégalement cinquante cadavres en direction de l'Allemagne, à l'attention d'un artiste dont les créations anatomiques nécessitaient des corps en décomposition. De même, certaines œuvres d'art sont créées à partir de cendres humaines¹⁷⁷⁴. La licéité de leur origine interroge, à l'instar de celle des cadavres utilisés pour l'exposition *Our Body*¹⁷⁷⁵. Une convention à titre onéreux passée sur le cadavre est de ce fait prohibée et serait actuellement qualifiée, sur le plan pénal, d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Toutefois, il a été démontré que cet article unique recouvrait de nombreux comportements, tous sanctionnés d'une peine relativement faible d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

Tout comme les actes caractérisant la soustraction et le recel, la cession à titre onéreux diffère de l'atteinte à l'intégrité du cadavre en ce sens qu'il ne s'agit pas là d'une dégradation matérielle¹⁷⁷⁶ mais de la traduction pénale du principe de non-patrimonialité du corps humain. L'élément matériel serait constitué par la conclusion de la vente, le transfert du corps n'étant

¹⁷⁷⁴ G. LOISEAU, « Art et dignité. Respect des morts et volonté posthume », in *Le sens de l'art aux confins du droit : le droit relégué par l'art, Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2012, p. 103 s. ; du même auteur, « Le corps, objet de création », *Juris art etc.* 2015, n° 22, p. 30 s.

¹⁷⁷⁵ Voir *supra* n° 292.

¹⁷⁷⁶ L'atteinte à l'intégrité du cadavre s'entend en effet de lésions effectives portées au corps du défunt.

que la délivrance de la chose. À ce titre, l'incrimination suivante pourrait être insérée dans le Chapitre I du nouveau Titre consacré aux atteintes aux biens humains¹⁷⁷⁷ :

« L'obtention ou la cession contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, du cadavre ou des cendres d'une personne dont le corps a fait l'objet d'une crémation est punie de (...).

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention ou la cession contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, d'un cadavre ou des cendres d'une personne dont le corps a fait l'objet d'une crémation. »

Par ailleurs, un cumul idéal de qualifications peut être envisagé avec l'incrimination de vol de cadavre si les deux actes sont commis par le même individu. Il s'agit en effet de deux valeurs sociales différentes car le vol réprime l'atteinte à la propriété et la cession à titre onéreux sanctionne l'atteinte à la non-patrimonialité du corps humain. En conséquence, le concours réel d'infractions qui en découle aboutira à une peine prononcée dans la limite du maximum légal encouru.

Il ressort de ces démonstrations des incriminations qui correspondent au comportement adopté par l'auteur. Une première classification des comportements délictueux a pu être opérée au regard de leur résultat, à savoir l'appropriation frauduleuse ainsi que le recel, et la cession à titre frauduleux de la dépouille mortelle. Toutefois, la matérialité de l'atteinte à l'intégrité du cadavre actuellement en vigueur est extensive. Aussi, le choix peut être fait de réprimer ces comportements sous cette qualification, à ceci près que la peine encourue devrait être étendue afin que la peine prononcée puisse être représentative de la gravité de l'atteinte.

§ 2 - L'atteinte à l'intégrité du cadavre et des cendres

584. La distinction des atteintes à la dépouille mortelle par la gravité de la lésion – Les atteintes au corps sont réprimées au regard de l'importance de la valeur sociale qu'il diffuse d'une part, et de la gravité de la lésion corporelle d'autre part. L'incrimination actuelle d'atteinte à l'intégrité du cadavre comprend dans sa matérialité constitutive tout acte modifiant l'aspect du cadavre. Or, il a été expliqué que ces actes, bien que de gravité différente, n'étaient sanctionnés que d'une peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. En

¹⁷⁷⁷ Voir Annexe p. 632.

conséquence, même si la gravité des lésions est prise en considération le juge ne dispose que d'une faible marge de manœuvre dans le prononcé de la peine. Il a été démontré que le corps humain, en tant qu'objet qui subit les conséquences de l'infraction, est révélateur des résultats matériel et juridique de l'infraction¹⁷⁷⁸. Les lésions corporelles effectives laissent apparaître le résultat matériel et, d'importance variable, elles permettent d'opérer une gradation de l'atteinte. Toutefois, il n'est pas acquis que cette gradation de la lésion doive conduire à plusieurs incriminations différentes. En effet, la matérialité extensive de l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre semble satisfaisante, à l'exception de la sanction qui lui est rattachée.

585. Annonce de plan – Au regard de ces considérations, les lésions effectives portées aux restes humains se présentent comme un curseur des atteintes à leur intégrité **(A)**. Différents résultats en découlent, qui pourraient donner lieu à plusieurs incriminations autonomes. Cependant, l'efficacité répressive peut être recherchée par le maintien de l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre **(B)**.

A. L'opportunité relative des incriminations autonomes

586. L'exclusion de la valeur sociale protégée comme critère de gravité de l'infraction – Il a été démontré que la dépouille mortelle pourrait être protégée au titre de la « valeur sociale propriété » et, plus généralement, de l'humanité qu'elle représente. Les valeurs sociales protégées ne peuvent donc pas servir d'indicateur de gradation de la sanction, à l'instar de l'intégrité physique dont l'atteinte est punie moins sévèrement que celle portée à la vie. La qualification des divers comportements attentatoires au cadavre repose alors notamment sur la nature de l'acte et l'importance de la lésion corporelle, qui entre dans la matérialité constitutive de l'infraction et peut servir d'élément qualifiant¹⁷⁷⁹. Il en va de même pour les cendres, à ceci près que les atteintes dont elles peuvent faire l'objet sont très réduites. Il s'agit essentiellement d'un partage illégal mais qui ne pourra être quantifié de façon pertinente.

587. La gravité des lésions dans la constitution de l'infraction – L'atteinte à l'intégrité du cadavre et des cendres suit une logique identique à l'infraction de destruction,

¹⁷⁷⁸ Voir *supra* n° 152 s. Le résultat matériel a été défini comme la modification du monde extérieur, concrétisée ici par l'altération du corps humain ou des cendres. Le résultat matériel se différencie du résultat juridique, qui constitue l'atteinte effective à la valeur sociale protégée, voir *supra* n° 145 s.

¹⁷⁷⁹ Voir *supra* n° 152 s.

détérioration ou dégradation du bien d'autrui¹⁷⁸⁰ car le résultat matériel est révélé par cette lésion au bien. Pour reprendre les propos de V. MALABAT à propos de ces infractions contre les biens, « les conditions de répression distinguent notamment selon que le dommage provoqué est léger ou non léger. Ce traitement spécifique se conçoit assez bien si l'on observe que ces infractions sanctionnent moins une atteinte aux droits – réels – sur ces biens qu'une atteinte à l'intégrité même du bien »¹⁷⁸¹. La gravité de la lésion corporelle détermine l'étendue de l'atteinte à une valeur sociale et, de ce fait, la gravité de la sanction¹⁷⁸². L'exemple le plus éloquent est l'atteinte à l'intégrité physique précédemment traitée. Les violences se déclinent en différents degrés, chacun accompagné d'une sanction plus ou moins importante au regard de l'incapacité totale de travail qui en résulte. Ce raisonnement est transposable à la dépouille mortelle car l'étendue des lésions permettrait de différencier les atteintes qui leur sont portées et ainsi aboutir à envisager différentes incriminations. L'atteinte à l'intégrité du cadavre suppose une altération de la chose, même légère. Ceci explique que le fait de déshabiller un cadavre afin de prendre des photos était constitutif d'un tel acte¹⁷⁸³. Cependant, le fait que ce comportement, d'une gravité moindre, soit puni des mêmes peines qu'un acte de nécrophilie¹⁷⁸⁴ ou de démembrement de cadavres¹⁷⁸⁵ reste critiquable. Il faut alors envisager l'édiction d'incriminations autonomes, dont l'opportunité ne serait en réalité que relative au regard de la diversité des atteintes dont le cadavre peut faire l'objet.

588. L'appréhension difficile de la diversité des atteintes – Ces hypothèses se distinguent par la gravité et la nature des actes, caractérisés par la région du corps touchée. Certains entrent dans la sphère sexuelle, d'autres s'en tiennent à modifier l'apparence vestimentaire du cadavre et d'autres encore consistent à altérer le corps de façon plus ou moins importante. Soit ces différents comportements peuvent faire l'objet d'incriminations autonomes, soit une incrimination unique d'atteinte à l'intégrité du cadavre peut être conservée.

La première proposition semble peu pertinente quant à son efficacité répressive. Le corps de la personne véhicule les valeurs sociales, qui constituent un instrument de gradation

¹⁷⁸⁰ Articles 322-5 et suivants du Code pénal.

¹⁷⁸¹ V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », art. préc., spéc. p. 448 s.

¹⁷⁸² En ce sens, voir par exemple V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 52 : « la qualification de l'infraction et la sanction encourue dépendent du résultat effectivement provoqué sur l'intégrité de la personne ».

¹⁷⁸³ Cass. crim. 8 mars 2000, n° 99-85.403. Voir également Cass. crim. 1^{er} mars 2017, arrêt préc.

¹⁷⁸⁴ Cass. crim. 30 août 1877, *Bull. crim.* n° 212 ; Cass. crim. 10 janvier 1902, *Bull. crim.* n° 19 ; Cass. crim. 13 juillet 1965, *Bull. crim.* n° 175.

¹⁷⁸⁵ Cass. crim. 10 février 2016, n° 15-87.211.

de la peine encourue car elles-mêmes font l'objet d'une hiérarchie. Ainsi, le viol est sanctionné beaucoup plus sévèrement que des violences même si les lésions corporelles occasionnées par cette agression sont moindres. Cette politique répressive est due au fait que le viol porte atteinte à la liberté sexuelle de la victime. Si l'acte de nécrophilie était incriminé de façon autonome, ce ne serait donc pas la valeur sociale atteinte qui justifierait cette incrimination mais la nature du comportement de l'auteur. Si l'on compare un acte de nécrophilie et une lésion corporelle portée au cadavre, seul le comportement de l'auteur diffère. Or, les incriminations se différencient au regard de leur *ratio legis* d'une part, puis, au sein d'une même *ratio legis*, au regard de la gravité de la lésion portée au support de la valeur d'autre part. Les atteintes à la vie et les violences font par exemple l'objet d'incriminations différentes. D'ailleurs, au sein même des violences il existe plusieurs incriminations en fonction de la gravité de l'interruption totale de travail. Puisque le cadavre pourrait essentiellement être porteur de la « valeur sociale propriété », à s'en tenir aux valeurs portées par le Code pénal seule l'importance des lésions corporelles permettrait de différencier les atteintes à l'intégrité du cadavre.

Néanmoins, des incriminations autonomes sanctionnant chaque atteinte à l'intégrité du cadavre auraient pour mérite d'être précises. Toutefois, au vu de la diversité des atteintes dont les restes humains peuvent faire l'objet cette démarche semble peu pertinente. Le législateur ne saurait exprimer la totalité des comportements humains au travers de quelques incriminations. L'efficacité répressive de ces infractions s'en ressentirait nécessairement. En d'autres termes, le résultat obtenu par cette démarche serait plus préjudiciable au cadavre qu'il ne semble déjà l'être. Il faut alors envisager la seconde proposition, qui consiste à maintenir l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre actuellement en vigueur tout en proposant une augmentation de la sanction. En effet, bien que ceci dépasse quelque peu le cadre de cette étude, la difficulté principale de cette incrimination semblant être la sanction encourue il convient d'envisager son extension.

B. Le maintien de l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre

589. La gradation de l'atteinte à l'intégrité du cadavre – Si cette infraction est maintenue, il faut tenter d'effectuer un panel représentatif des différentes atteintes qui peuvent lui être portées. En effet, bien que l'on se gardera de proposer une sanction précise il faut dresser une liste non exhaustive des comportements délictueux, rendant compte des différents degrés de gravité. Les infractions altérant l'intégrité du cadavre peuvent tout d'abord être constituées par le fait de modifier son apparence, dès lors que le cadavre subit un impact matériel même très léger. Les faits que les juges ont eu à connaître et qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 2000¹⁷⁸⁶ ont révélé que l'auteur, avant de prendre des photos du cadavre, l'avait dénudé et déplacé. En conséquence, afin qu'une quelconque atteinte à l'intégrité puisse être constituée encore faut-il alors que le cadavre subisse un impact, même minime. L'atteinte peut alors aller d'un simple coup à des actes rendant le cadavre méconnaissable. Le fait d'embaumer un cadavre afin de dissimuler les causes du décès, le fait d'accélérer la décomposition d'un cadavre¹⁷⁸⁷, de pratiquer des actes de nécrophilie, de le démembrer ne sauraient être punis des mêmes peines que les atteintes légères précédemment étudiées.

Les instruments de gradation de la sanction encourue ne peuvent être identiques à ceux utilisés dans le cadre des infractions contre les personnes. La lésion est forcément irréversible. Il ne peut être fait référence à une quelconque interruption totale de travail ou infirmité, donc seule l'importance des lésions pourrait être exploitée afin de déterminer la peine encourue. Celui qui altère l'intégrité d'un cadavre de telle sorte qu'il est méconnaissable trouble autrement l'ordre public que l'auteur de quelques lésions superficielles. Ensuite, concernant les cendres celles-ci ne peuvent que subir une atteinte grave. En effet, l'atteinte intentionnelle à leur intégrité est généralement constituée par un partage au détriment de l'un des héritiers, ou par le fait de les disperser sans l'accord de la famille, privant ainsi les héritiers de ce souvenir.

L'incrimination unique d'atteinte à l'intégrité du cadavre serait alors maintenue, à ceci près que la sanction encourue pourrait être augmentée et que son caractère intentionnel pourrait être précisé. Elle pourrait être transférée dans une nouvelle Section 3 du Chapitre II réprimant les atteintes portées au cadavre et aux cendres¹⁷⁸⁸. Celle-ci comprendrait une Sous-section

¹⁷⁸⁶ Cass. crim. 8 mars 2000, arrêt préc

¹⁷⁸⁷ TGI Paris, 16 février 1970 ; *Gaz. Pal.* 1970, 2, p. 40.

¹⁷⁸⁸ Voir Annexe p. 632.

intitulée « Des atteintes à l'intégrité du cadavre », dans laquelle l'actuel article 225-17 du Code pénal serait transféré et complété. Puisque l'atteinte à l'intégrité du cadavre est une infraction dont la matérialité est extensive et que l'augmentation de la sanction encourue semble pallier les inconvénients constatés, il faut envisager de réprimer les infractions précédentes relatives au détournement de la dépouille mortelle¹⁷⁸⁹.

590. Le maintien des incriminations relatives au détournement du cadavre et des cendres – Les comportements précédemment étudiés relatifs au vol, au recel ainsi qu'à la cession de cadavre et de cendres à titre onéreux pourraient peut-être se voir réprimés sous cette qualification. Le recel ne soulève pas de difficulté car il est réprimé au titre des entraves à la saisine de la justice. Le vol pourrait être réprimé sous la qualification d'atteinte à l'intégrité du cadavre mais il semble que les éléments constitutifs diffèrent. Le vol ne consiste pas, ni en son élément matériel, ni en son élément moral, en une lésion corporelle. Surtout, tout dépend de la valeur symbolique que le législateur accorde au principe de non-patrimonialité du corps humain. En effet, ériger la cession de la dépouille mortelle à titre onéreux en une incrimination autonome permet de mettre en lumière ce principe, qui recevrait une traduction pénale explicite. C'est pourquoi le choix sera fait dans cette étude de conserver cette disposition pénale précédemment proposée et intégrée dans la Section 2 du Chapitre 2 consacré aux atteintes au cadavre et aux cendres¹⁷⁹⁰.

Enfin, il a été observé que le caractère intentionnel de l'incrimination d'atteinte à l'intégrité du cadavre pourrait être précisé. En effet, certains comportements qui résultent d'une faute involontaire portent atteinte à l'intégrité du cadavre et pourraient faire l'objet d'une incrimination autonome.

591. Les atteintes involontaires à la dépouille mortelle – Les infractions précédentes sont intentionnelles mais il peut arriver que l'auteur atteigne aux restes humains de façon involontaire. Les faits précédemment évoqués au cours desquels un hôpital s'est rendu responsable de la dégradation d'un cadavre suite à une panne de climatisation pourraient revêtir la qualification d'atteinte involontaire à l'intégrité du cadavre. L'élément matériel est constitué

¹⁷⁸⁹ Voir *supra* n° 577.

¹⁷⁹⁰ Voir Annexe p. 632.

par le dommage corporel, ou la perte des cendres, et l'élément moral consiste en une faute simple ou qualifiée.

Ce texte serait rédigé de la sorte¹⁷⁹¹ :

« Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues l'article 121-3 une atteinte involontaire à l'intégrité du cadavre ou des cendres est punie de (...). »

Il résulte de ces développements que l'atteinte à l'intégrité du cadavre peut prendre plusieurs formes. Aussi est-il préférable de maintenir l'incrimination d'atteinte à l'intégrité du cadavre, afin d'éviter l'édiction d'incriminations trop précises qui perdraient peut-être en efficacité. Le choix d'une sanction plus ou moins importante laissant une certaine latitude au juge serait laissé au législateur.

592. Conclusion de la Section 2 – L'application du droit pénal des biens à la dépouille mortelle s'est également révélée favorable. Véhicules de la « valeur sociale propriété » et de l'humanité qu'ils représentent, le cadavre et les cendres ont pu accroître leur assise dans la sphère pénale grâce à leur statut de bien. Divers exemples, essentiellement jurisprudentiels, ont servi de guide pour identifier les atteintes pouvant être portées à la dépouille mortelle. Une première catégorie d'infractions a émergé. Elle a permis de proposer la répression des détournements du cadavre et des cendres, essentiellement au travers du vol ainsi que de la cession à titre onéreux. L'on s'est toutefois interrogé sur la pertinence d'une incrimination autonome pour ces comportements, qui pourraient être inclus dans l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Il en a néanmoins été conclu que les éléments constitutifs différaient et, surtout, que la cession à titre onéreux nécessitait une incrimination autonome. En effet, cela permettrait de mettre en lumière le principe de non-patrimonialité du corps humain, qui trouverait alors une traduction pénale par de l'infraction de cession d'une dépouille mortelle à titre onéreux.

L'auteur peut en effet causer des lésions corporelles à la dépouille mortelle, ou attenter à l'intégrité des cendres, ce qui est réprimé sous la qualification d'atteinte à l'intégrité du cadavre en vigueur. La diversité des comportements délictueux dont le corps peut faire l'objet a conduit à s'interroger sur l'opportunité de les incriminer à titre autonome. Toutefois, cette

¹⁷⁹¹ Voir Annexe p. 632.

démarche n'a pas été pertinente au regard de cette diversité, qui semble devoir être appréhendée sous une incrimination à matérialité de type ouvert. En effet, le législateur ne peut pas tout prévoir. L'incrimination de chaque atteinte au cadavre de façon indépendante pouvait conduire à l'impunité de certaines d'entre elles. Afin de pallier la faiblesse de la sanction actuellement encourue, il a été proposé de l'augmenter afin de permettre au juge de prononcer une peine représentative de la gravité du comportement de l'auteur. Enfin, il a été proposé d'incriminer les atteintes involontaires à l'intégrité du cadavre à titre autonome.

593. Conclusion du Chapitre 2 – L'intégration du corps réifié dans la catégorie juridique des biens permet de lui appliquer le droit pénal des biens. Plus particulièrement, il s'agit d'un droit pénal des biens humains car la nature humaine du corps réifié commande de ne pas le traiter de la même manière que les autres biens indifférenciés. **Aussi, il a été proposé d'inclure dans le Livre III du Code pénal réprimant les atteintes aux biens un nouveau Titre intitulé « Des atteintes aux biens humains ».** Ce Titre devrait refléter le régime applicable au corps réifié et s'ouvrirait sur un premier Chapitre réprimant les atteintes aux éléments et produits du corps humain, suivi d'un second Chapitre réprimant les atteintes aux restes humains.

Les éléments et produits du corps humain sont variés et ne font pas tous l'objet de règles identiques quant à leur statut juridique. Certains ont plus de valeur que d'autres, notamment au regard de la finalité à laquelle ils sont voués. Lorsque le patient peut les destiner à une finalité thérapeutique ou scientifique ces choses sont dans le commerce et deviennent des biens. Ils bénéficient de ce fait de la protection du droit pénal, dont l'intervention se déclenche par exemple en cas de vol ou d'atteinte à l'intégrité d'un organe devant être donné, ou d'embryons objet d'un projet parental. À l'inverse, ceux qui ne peuvent être voués à cette finalité sont destinés à être détruits, du fait de leur statut de déchet anatomique. Ils sont alors frappés d'une extra-commercialité absolue qui empêche toute appropriation mais aussi toute protection du droit pénal des biens si la loi pénale est interprétée au sens strict. En effet, l'objectif de répression des atteintes à l'ordre public propre au droit pénal laisse supposer que la notion de biens humains puisse être interprétée de façon extensive. Ensuite, il a été envisagé d'inclure le cadavre ainsi que les cendres dans la sphère du droit pénal des biens. En effet, ceux-ci ne sont appréhendés qu'au travers de l'atteinte à l'intégrité du cadavre, incrimination unique réprimant, au surplus faiblement, des comportements de gravité différente. Leur statut de biens humains,

applicable au cadavre comme aux cendres, a permis là aussi de les intégrer dans ce nouveau Titre relatif aux biens humains. La répression de la soustraction frauduleuse de la dépouille mortelle ainsi que de la cession à titre onéreux a pu être proposée. De même, il a été proposé que l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre soit maintenue, à ceci près que la sanction encourue serait plus élevée pour pouvoir témoigner des différents degrés de gravité des atteintes. Appropriables ou non, **les éléments et produits du corps humain peuvent recevoir la protection du droit pénal des biens humains, tout comme le cadavre et les cendres.**

En d'autres termes, ce nouveau Titre relatif au droit pénal des biens humains concrétiserait l'application du droit pénal des biens au corps réifié, par le biais de nouvelles incriminations qui s'inspireraient du droit pénal des biens communs. Ainsi, la qualification juridique du corps réifié pourrait aboutir à un régime qui lui est favorable et qui s'efforce de combler les incertitudes précédemment observées, dues à un droit pénal inadapté.

594. Conclusion du Titre 2 – Cette partie de l'étude avait pour objectif d'intégrer le corps réifié en droit pénal. Jusqu'ici, les incriminations ayant pour objet le corps réifié en tant que tel se montraient soit incomplètes, soit purement inexistantes. Empreint de la *summa divisio* civiliste, le Code pénal consacre un Livre II aux atteintes à la personne et un Livre III aux atteintes contre les biens. Le corps, qui ne pouvait se voir appliquer le régime de la personne humaine, devait donc être appréhendé sous l'angle du droit pénal des biens. Il a donc fallu dans un premier temps étudier sa qualification juridique puis, dans un second temps, lui appliquer le régime correspondant.

Si le corps a pu être classé dans la catégorie des choses, il n'était pas évident qu'il soit qualifié de bien. L'idée d'une marchandisation qui découle de cette catégorie juridique, couplée à la non-patrimonialité du corps humain, soulève de nombreuses réticences en doctrine. Pourtant, l'étude de la notion de propriété au regard du droit civil et du droit pénal n'a pas abouti à une définition préjudiciable du bien puisque celui-ci peut être affranchi de toute dimension patrimoniale. Le bien a en effet été défini comme une chose disponible, qui circule dans le commerce juridique en faisant l'objet de conventions à titre gratuit, et effectivement appropriée. Sa disponibilité est plus ou moins limitée selon les interdictions que le législateur a érigées, à l'instar de la non-patrimonialité du corps humain. Affranchie de toute dimension économique et patrimoniale, la catégorie juridique des biens pouvait donc accueillir le corps réifié dès lors que celui-ci circule juridiquement. La démonstration s'est poursuivie en appliquant cette

définition au corps réifié, qui s'est révélé faire l'objet d'appropriations par le patient, par les laboratoires de recherche ou encore par la famille s'agissant du cadavre. **Le corps réifié a donc reçu la qualification juridique de bien car il circule dans le commerce juridique et fait l'objet d'une appropriation effective. Il s'agit plus particulièrement d'un bien humain au regard de la contradiction créée par sa nature de chose et sa nature humaine.**

Ces deux caractéristiques ont pu être conciliées et appréhendées au travers du droit pénal des biens humains, qui pourrait désormais s'appliquer au corps réifié. Un nouveau Titre relatif aux atteintes aux biens humains a été proposé et intégré dans le Livre III du Code pénal qui sanctionne les atteintes contre les biens. Substrats de la « valeur sociale propriété », les éléments et produits destinés à une finalité thérapeutique, les déchets voués à destruction ainsi que les restes humains pourraient se voir appliquer le droit pénal des biens humains. Celui-ci nécessiterait d'être parfois interprété de façon extensive, de sorte à pouvoir réprimer une atteinte à l'ordre public même lorsque certains éléments et produits ne répondent pas à la qualification de bien. Il en ressort que **l'application, au corps réifié, de la qualification juridique de bien aboutit à la construction d'un nouveau versant du droit pénal des biens, dans lequel le corps réifié a trouvé une place.**

595. Conclusion de la Partie 2 – Cette seconde partie de l'étude avait pour objet d'appliquer au corps le régime de la catégorie juridique à laquelle il est rattaché. En premier lieu, le corps personnifié a reçu l'application du régime relatif à la personne humaine. Le droit pénal appréhende la relation de la personne à son corps au travers de sa relation avec autrui. Dans une première configuration, le droit pénal protège l'individu contre les atteintes non consenties commises par un tiers. Les dispositions pénales correspondantes ont donc été appliquées à cet effet, en proposant cependant certaines améliorations pouvant pallier les critiques soulevées dans la première partie de cette étude. Le régime rattaché à la personne s'est alors enrichi de nouvelles incriminations et a pu être étendu à l'enfant à naître à compter de sa viabilité. En effet, celui-ci pourrait être considéré comme une personne humaine et bénéficiaire de valeurs sociales en conséquence. La pénalisation des atteintes commises à son encontre a pu être envisagée, dans les limites des particularités inhérentes à l'état de grossesse.

Dans une seconde configuration, le droit pénal protège l'individu contre lui-même en réprimant les atteintes consenties commises par autrui. Pour ce faire, le consentement ne revêt aucune force justificative sauf à être couplé à une autorisation de la loi, et l'interdiction de la

libre disposition de soi demeure le principe. Toutefois, il a rapidement été constaté que cette interdiction peut être à l'origine d'une immixtion opprimante dans la vie privée des individus et repose sur des fondements qui confinent à la morale. De même, les exceptions à ce principe sont telles qu'il a été nécessaire de s'interroger sur sa pérennité. En conséquence, il a été envisagé de renverser la perspective en proposant que l'atteinte ne soit illicite que s'il est porté atteinte au consentement, qui devient alors un élément constitutif de l'infraction et non plus un fait justificatif exceptionnel. Cette démarche fut peu concluante, notamment car la preuve du consentement de la victime nécessite pour être obtenue de s'immiscer dans son for intérieur et donc d'attenter à sa vie privée. Le consentement couplé à une autorisation de la loi, comme fait justificatif, a été maintenu. Il a toutefois été tiré parti de l'assise croissante de la notion de vie privée, afin d'étendre le champ d'intervention de l'autonomie personnelle et ainsi émanciper quelque peu l'individu de cette morale opprimante. **L'application, au corps, du droit pénal de la personne a permis d'une part, de la prémunir davantage des atteintes non consenties commises par autrui et, d'autre part, de laisser davantage de place à son autonomie individuelle.**

En second lieu, puisqu'il a été démontré que le corps entre parfois dans la catégorie des choses ou, à tout le moins, n'entre pas dans celle des personnes, la démarche s'est poursuivie en appliquant à ce corps le régime des biens. Le droit pénal appréhende en effet différemment la personne humaine et les biens, aussi s'est-on interrogé sur l'octroi au corps de la qualification juridique de bien afin de déterminer s'il peut constituer un support de la « valeur sociale propriété ». Au terme de l'étude de cette notion, tant dans sa conception civiliste que pénaliste, il est apparu qu'un bien peut se définir comme une chose qui circule dans le commerce juridique et qui fait l'objet d'une appropriation effective. Sous cet angle, la notion est alors dénuée de toute dimension économique et, par extension, de tout caractère patrimonial. Le corps perçu comme un bien ne souffrirait donc pas d'une quelconque instrumentalisation car le droit de propriété s'exerce dans la limite des lois et règlements, concrétisée notamment par le principe de non-patrimonialité du corps humain. Il ensuite a été démontré que, sauf quelques rares exceptions, les éléments et produits du corps, le cadavre ainsi que les cendres circulent, bien que de façon extrêmement limitée, dans le commerce juridique. Ils font également l'objet d'une appropriation effective tant par la personne que par la famille du défunt, ou encore par les établissements bénéficiaires du corps réifié qui a fait l'objet d'un don par la personne.

Ainsi, l'application du régime des biens au corps réifié a pu se poursuivre avec la répression, au titre du droit pénal des biens, des atteintes qui lui sont portées. Plus précisément, au regard de la nature humaine de ces biens le choix a été fait de ne pas leur appliquer les règles indifférenciées du droit pénal des biens. Ceci a conduit à proposer la création, dans le Livre III du Code pénal réprimant les atteintes portées aux biens, d'un nouveau Titre relatif aux biens humains. Ils véhiculent en effet la « valeur sociale propriété » mais également l'humanité, valeur qui n'est pas explicitement reconnue par le Code pénal. Dès lors, les atteintes commises à l'encontre des éléments et produits, qui n'étaient jusque-là que très peu traités en tant que tels par le législateur pénal, peuvent être réprimées sous les qualifications de vol, d'escroquerie ou encore d'atteinte à l'intégrité des éléments et produits du corps humain. Il en va de même pour la dépouille, dont le vol et la cession à titre onéreux pourraient être incriminés de façon autonome. L'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre a été maintenue tout en faisant l'objet d'une extension. Dans le cas où le corps réifié ne peut être qualifié de bien il peut être fait appel à l'autonomie du droit pénal. En effet, une interprétation extensive de la notion de bien humain peut être envisagée sur le fondement de leur humanité et de l'objectif de répression du trouble à l'ordre public. **Un droit pénal des biens humains a donc pu être proposé, ce qui permet au corps réifié d'être saisi par le droit pénal pour ce qu'il est et non plus par le truchement de la personne humaine.**

CONCLUSION GÉNÉRALE

La genèse de cette étude repose sur une intuition, induite par certaines évidences et mise à mal par autant d'incertitudes. En effet, le corps *est* la personne tout en étant dissocié d'elle. De prime abord, le corps est pris en compte par le droit pénal par le truchement de la personne, ce qui laisse dubitatif quant à l'utilité d'une étude dont il serait l'objet premier. Toutefois, il est rapidement apparu que le corps ne correspond pas à la seule personne, puisqu'il est également cadavre, embryon ou encore éléments et produits. En outre, même lorsqu'il est rattaché à cette dernière le législateur a pris soin, dans certaines hypothèses, de le traiter de manière autonome. Dès lors, ces doutes justifiaient de prêter attention au corps humain, non pas au travers d'une démarche classique qui aurait consisté à s'intéresser aux valeurs sociales qui le dissimulent mais en renversant la perspective et en le considérant en lui-même. Cette étude avait alors pour objectif de proposer, par ce biais, une lecture ontologique de la place du corps en droit pénal.

Dans une première partie, il est apparu nécessaire de confronter le droit pénal à la manière dont il se saisit du corps humain et d'analyser les conséquences qui en résultent. Le corps humain apparaît en premier lieu comme un objet méconnu du droit pénal. À l'étude des incriminations, une présomption s'est installée, au terme de laquelle le corps humain semblait être une valeur sociale protégée. Omniprésent au travers de l'intégrité physique, de la vie ou encore de la dignité de la personne, le corps humain est inhérent à chaque bien juridique protégé relatif à la dimension physique de la personne. Ce constat, prévisible au regard de la confusion du corps et de la personne, a permis résoudre le paradoxe selon lequel, dans certaines incriminations, le corps est présent tout en n'apparaissant pas explicitement. Cette présomption s'est ensuite renforcée car, en raison de l'entrée en vigueur des lois de bioéthique, certaines dispositions pénales mentionnent explicitement le corps de la personne. Il en va de même avec l'embryon et le cadavre, qui ne sont pas des personnes et semblent pourtant appréhendés pour ce qu'ils sont, à savoir un corps. En conséquence, dès lors que le corps humain semblait revêtir la qualité de valeur sociale protégée il a été tenté de lui en appliquer les fonctions. Or, cette entreprise a conduit à infirmer cette présomption. À titre d'illustration, le corps ne constitue pas, *en lui-même*, la finalité de la loi pénale et n'entre pas dans la résolution des conflits de

qualifications. Ensuite, le fait qu'il puisse constituer une valeur sociale autonome alors qu'il est déjà présent dans la *ratio legis* des incriminations, essentiellement au travers de la vie et de l'intégrité physique, est dénué de sens. Pourtant, il ne peut être nié qu'il occupe tout de même une place dans l'infraction alors que celle-ci se définit comme une atteinte à une valeur sociale protégée. Afin de résoudre ce paradoxe, cette étude s'est attachée à définir sa nature, point de divergence avec les valeurs sociales protégées. Tandis qu'il constitue un objet concret ces dernières sont des concepts abstraits, qui nécessitent un support pour exister voire pour justifier leur existence. Le corps humain constitue donc un substrat des valeurs sociales relatives à la dimension physique de la personne humaine et dont celle-ci est bénéficiaire. Ce constat a pu expliquer comment le corps peut être présent dans l'infraction sans pour autant revêtir la qualité de valeur sociale protégée. Cette hypothèse s'est confirmée car si le corps ne peut revêtir les fonctions d'une valeur sociale protégée il peut revêtir celles d'un support. En effet, ce dernier subit les conséquences de l'infraction et permet ainsi de la révéler et d'entrer dans la constitution et la qualification de l'infraction. En prouvant la survenance du résultat notamment, le corps humain révèle l'infraction, permet de déterminer le bien juridique atteint et ainsi qualifier l'infraction. À l'étude de la manière dont le droit pénal l'appréhende, il est fait abstraction de la véritable nature du corps humain, celle d'un support, au profit d'une qualification qui ne lui est pas adaptée, celle de valeur sociale protégée.

En second lieu, il convenait d'étudier le régime appliqué à ce corps, qui découle de cette méconnaissance. Il en est ressorti que puisque le corps n'est pas pris en compte sous l'angle de sa véritable nature, le régime qui lui est octroyé par le législateur pénal se montre inadapté et parfois lacunaire. Concernant le corps personnifié, son apparition autonome suite aux lois de bioéthique s'explique par le fait qu'il a été appréhendé comme une valeur sociale protégée. Les incriminations correspondantes ont alors été insérées dans un livre du Code pénal indépendant de celui relatif aux atteintes à la personne. De nombreuses incohérences et insuffisances ont été décelées, permettant de conclure à l'inopportunité de ces incriminations autonomes et, plus généralement, d'un droit pénal de la bioéthique. Parallèlement, la montée en puissance de l'autonomie personnelle conduit peu à peu à révéler les inadaptations du droit pénal, quelque peu dépassé par ce corps qui vient bouleverser la place des valeurs sociales. Concernant le corps dépersonnalisé, puisque le cadavre, l'embryon, le fœtus ainsi que les éléments et produits ne sont pas la personne et que cette dernière est prééminente, ils ne pouvaient bénéficier du régime qui lui est applicable. En conséquence, le législateur fait preuve d'une certaine négligence, par

exemple en ne se prononçant pas sur le statut de l'embryon et en ignorant le fœtus. Quant aux atteintes au cadavre, elles sont réprimées au titre de la dignité, valeur sociale excessivement étendue et qui, au surplus, ne peut s'appliquer à une chose.

Cette première partie de l'étude a révélé un corps dévoyé, en ce sens que l'ignorance de sa véritable nature a entraîné l'application d'un régime inadapté, lacunaire, voire absent. Deux démarches pouvaient alors être adoptées. Soit il convenait de l'ériger au rang de valeur sociale protégée, ce qui est rapidement apparu inconcevable au regard de sa nature, soit il convenait de proposer un régime conforme à cette dernière. Or, les supports des valeurs sociales protégées étant des objets concrets appartenant aux catégories juridiques préexistantes, il a été choisi d'exploiter le régime des personnes et des choses afin de soumettre une nouvelle appréhension du corps humain en droit pénal.

Dans une seconde partie, au regard de la *summa divisio* des personnes et des choses dont le droit pénal est imprégné, le corps personnifié s'est vu appliquer le régime des personnes et le corps dépersonnalisé celui des biens. Dans un premier temps, le corps personnifié a été abordé au travers des atteintes commises par autrui, non consenties comme consenties. S'agissant des premières, les dispositions pénales relatives à la personne ont été appliquées et renforcées afin de pallier les faiblesses constatées. Il a également été proposé d'appliquer au fœtus le statut de la personne à compter de sa viabilité. Cette démarche a nécessité d'adapter le droit pénal aux particularités liées à l'état de grossesse, impliquant de mettre en balance la liberté corporelle de la mère avec la vie ou l'intégrité physique du fœtus. Concernant les atteintes consenties, il a été démontré que le droit pénal peine à se saisir, de manière cohérente, de la disposition par l'individu de son corps. L'indisponibilité du corps humain est un principe qui souffre de nombreuses exceptions. D'une part, en raison du champ étendu du consentement justificatif et, d'autre part, du fait des particularités propres à certains actes de l'individu sur lui-même, lesquels ne peuvent que conduire à une certaine tolérance législative sauf à tomber dans l'arbitraire. Il a donc été envisagé de faire de la libre disposition le principe mais cette démarche a conduit à une impasse. Le droit pénal ne semble pas enclin à envisager le consentement autrement que par une autorisation de la loi. Toutefois, l'influence grandissante de l'autonomie personnelle ne peut être niée, tant en droit interne qu'en droit international, et une extension du consentement justificatif a été envisagée. Ainsi, certaines hypothèses soulevant des difficultés en raison de l'inadaptation du droit pénal à l'ascension du corps ont

été saisies sous ce prisme, invitant ainsi, dans une démarche prospective, à plus de souplesse de la part du législateur, dans le respect de l'ordre public. Le corps personnifié a donc pu bénéficier du régime applicable à la personne, dont il est le support, et ceci s'est révélé bénéfique.

Dans un second temps, il a été proposé d'appliquer au corps réifié le régime du droit pénal des biens. À cette fin, il convenait de déterminer en amont si le corps pouvait revêtir le statut de bien. Cette notion a été définie au regard du droit civil à l'origine de cette *summa divisio* mais également du droit pénal. Il en est ressorti qu'un bien peut se définir comme une chose dans le commerce juridique, c'est-à-dire pouvant faire l'objet de conventions à titre gratuit, et qui, au surplus, fait l'objet d'une appropriation effective. Le propriétaire dispose librement de son bien dans la limite des lois et règlements, cette notion étant dénuée de toute dimension économique et patrimoniale. Il est ensuite apparu que le corps humain pouvait revêtir cette qualité car il peut faire l'objet de conventions à titre gratuit, voire onéreux. À ce titre, et notamment parce qu'ils peuvent être dans le commerce juridique, l'embryon, les éléments et produits du corps ainsi que le cadavre se sont vus appliquer la qualification juridique de bien. Ils constituent alors des supports de la « valeur sociale propriété ». Toutefois, leur nature humaine contraste avec celle de chose, ce qui a conduit à les qualifier de biens humains. De ce fait, l'application du droit pénal des biens a pu être envisagée, en adaptant celui-ci aux singularités du corps. La création, au sein du Livre III du Code pénal, d'un nouveau Titre relatif aux atteintes portées aux biens humains a été réfléchi. Les appropriations frauduleuses ou encore les atteintes à l'intégrité des biens humains ont pu être sanctionnées. Il a ainsi été permis de proposer des solutions visant à pallier les inconvénients qui avaient pu être constatés, notamment concernant le statut lacunaire ou absent du corps dépersonnalisé.

L'application du régime issu des catégories juridiques auxquelles il appartient a permis au corps personnifié, comme au corps réifié, d'être saisi par le droit pénal au regard de ce qu'ils sont.

Si l'ambition théorique de cette étude consiste à se focaliser sur le corps, à le placer au premier plan, elle n'a pas cependant pour finalité de faire abstraction de la personne ou plus généralement de l'humain. Bien au contraire, la mise en lumière de ce corps habituellement placé dans l'ombre de la personne offre une clé pertinente pour combler les lacunes et incohérences du droit pénal dans son approche de celle-ci. Une appréhension du corps, non au travers de ce qu'il véhicule mais bien de ce qu'il est, permet de lui offrir une place adéquate et, par extension, de mieux protéger la personne. Les résultats de cette étude attestent de l'intérêt pour le droit pénal à protéger le corps pour protéger la personne, plutôt qu'à protéger la personne pour protéger son corps. Ainsi, les corps négligés ont pu être valorisés et les corps ignorés émerger. Le droit pénal ambitionne une protection des valeurs pour protéger la personne et l'on est désormais convaincu qu'une appréhension opérante de leur support, le corps, autorise la protection accrue de ces dernières. La protection de la personne et, plus largement, de l'être humain, en sort renforcée, servant ainsi les objectifs du droit pénal.

L'approche prônée par cette étude ne prétend pas s'imposer comme une lecture exclusive du corps en droit pénal mais comme un complément de celle, classique, consistant à s'intéresser en premier lieu aux valeurs sociales qu'il véhicule. Il n'est plus qu'à souhaiter que ces premiers pas ne soient qu'un commencement.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, manuels et ouvrages généraux

A. Droit pénal

BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 25^{ème} édition, 2017.

BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I, Dalloz, 1970.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^{ème} édition, 2006

CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, Litec, 5^{ème} édition, 2016.

CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} édition, 2004.

DECIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *Droit pénal général*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2016.

DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971.

DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} édition, 2009.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^{ème} édition, 1947.

DREYER E., *Droit pénal général*, Ellipses, 3^{ème} édition, 2016.

GARCON E., *Code pénal annoté*, Tome 2, Sirey, 1956.

GARRAUD, *Traité de droit pénal*, Sirey, 3^{ème} édition.

LARGUIER J., *Droit pénal général*, Dalloz, 20^{ème} édition, 2005

LEVASSEUR G., *Cours de droit pénal spécial : licence, 4^{ème} année : 1967-1968*, Cours de droit, 1967.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2015.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 5^{ème} édition, 2015.

MERLE R., *Droit pénal général complémentaire*, PUF, 1957.

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tomes I et II, Cujas, 1981.

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2018.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 20^{ème} édition, 2014.

PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2016.

PUECH M., *Droit pénal général*, Litec, 1988.

RASSAT M.-L.,

- *Droit pénal général*, Ellipses, 4^{ème} édition, 2017.

- *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, 7^{ème} édition, Dalloz, 2014.

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, 6^{ème} édition, 2005.

ROUX J.-A., *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Sirey, 1920.

SALVAGE Ph., *Droit pénal général*, PU de Grenoble, 7^{ème} édition, 2010.

VERON M., *Droit pénal spécial*, Sirey, 16^{ème} édition, 2017.

B. Droit privé

ATIAS Ch., *Droit civil. Les biens*, 12^{ème} édition, LexisNexis, 2014.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012.

CARBONNIER J.,

- *Droit civil. Les personnes*, Tome I, 27^{ème} édition, PUF, 2004.

- *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004.

- *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2014.

- *Droit civil. Les personnes*, Tome I, 2^{ème} édition (réimpression des éditions de 2002 et 2004), PUF, 2017.

- *Droit civil. Les biens*, Vol. 2, 2^{ème} édition (réimpression des éditions des 2002 et 2004), PUF, 2017.

CORNU G.,

- *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^{ème} édition, Montchrestien, 2005.

- *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007.

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 4^{ème} édition, LGDJ, 2017.

DROSS W.,

- *Les choses*, LGDJ, 2012.

- *Les biens*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2014.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations*, Tome I, L'acte juridique, 16^{ème} édition, 2014.

GHESTIN J., (dir.),

- *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989.

- *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2010.

GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y., *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause. Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2013.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français, Tome 1, Théorie générale du droit et des droits. La famille. La propriété et autres droits réels principaux*, Sirey, 1938.

LARROUMET C., AYNES A., *Traité de Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*, 6^{ème} édition, Tome 1, Economica, 2013.

LE TOURNEAU Ph., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 7^{ème} édition, 2008.

MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les successions, les libéralités*, 7^{ème} édition, Defrénois, 2016.

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

MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1995.

MAYAUX L., *Droit civil, les personnes : cours et parcours*, Ellipses, 1997.

MIRKOVIC A., *Droit de la famille et des personnes*, 4^{ème} édition, Levallois-Perret, Studyrama, 2014.

PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} édition, Tome 3, LGDJ, 1995.

REBOUL-MAUPIN N., *Droit des biens*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2016.

RIPERT G., BOULANGER J., *Traité de droit civil*, Tome 2, LGDJ, 1957.

ROUX J.-A., *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Sirey, 1920.

SCHILLER S., *Droit des biens*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2017.

TERRE D., FENOUILLET D., *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2005.

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} édition, 2013.

TERRE F., SIMPLER Ph., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 2014, p. 135 s.

ZACHARIAE K.-S., *Le droit civil français*, Tome 2, Durant, 1855.

ZÉNATI – CASTAING F., REVET Th.,

- *Manuel de droit des personnes*, PUF, 3^{ème} édition, 2008.

- *Les biens*, PUF, 3^{ème} édition, 2008.

C. Droit médical

MÉMÉTEAU G., *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 5^{ème} édition, 2016.

D. Droit pénal médical

MISTRETTA P., *Droit pénal médical*, Cujas, 2013.

E. Procédure pénale

GUICHARD S., BUISSON J.-B., *Procédure pénale*, LexisNexis, 10^{ème} édition, 2014.

F. Droit public

CHEVREAU E. et GAUDEMET J., *Institutions de l'Antiquité*, LGDJ, 2014

HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1933.

HUMBERT M., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 1997

G. Droit international

SUDRE F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 13^{ème} édition, 2016.

II. Monographies, thèses et ouvrages spécialisés

A. Monographies

PRADEL J., *Histoire des doctrines pénales*, PUF, 1989.

B. Thèses

ABDOU F., *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971.

ARCHER F., *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, 2003.

ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, PU de Bordeaux, 1995.

ARRIGHI A.-C., *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non reconnaissance à la protection*, Thèse, La Rochelle, 2015.

AUGER D., *Droit de propriété et droit pénal*, PUF, 2005.

BAYER E., *Les choses humaines*, Thèse, Toulouse I, 2003.

BERLIOZ P., *La notion de bien*, LGDJ, 2007.

BESOMBES L., *Le patrimoine d'origine criminelle*, Thèse, Toulouse I, 2015.

BEAUSSONIE G., *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, LGDJ, 2012.

BOUAZIZ M., *Protection de la vie en droit pénal médical*, ANRT, 2008.

CABRILLAC F., *Le droit civil et le corps humain*, Montpellier, 1980.

CARAYON L., *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris 1, 2016.

CASADO A., *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, IRJS, 2015.

CHATILLON Ch., *Les choses empreintes de subjectivité*, Thèse Paris I, Editions Universitaires européennes, 2011.

CHIOCCARELLO A., *Le matériel biologique humain : étude juridique sur l'utilisation à des fins scientifiques des éléments et produits du corps humain*, Thèse, Paris 5, 2014.

- CONTE Ph.**, *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984.
- DAILLER T.**, *La peau humaine*, Thèse, Limoges, 2015.
- DANA A.-Ch.**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.
- DAVID A.**, *Structure de la personne humaine : essai sur la distinction des personnes et des choses*, PUF, 1955.
- DECOCQ A.**, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960.
- DELAGE P.-J.**, *La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal*, Thèse, Limoges, 2013.
- DECIMA O.**, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, 2008.
- DOMMAGES R.**, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse, Paris, 1956.
- DUBERNAT S.-A.**, *La non-patrimonialité du corps humain*, Thèse, Bordeaux IV, 2000.
- DUVAL ARNOULD MALCOR DE PIER D.**, *Le corps de l'enfant*, Thèse, Paris 2, 1993.
- FERRIE S.-M.**, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, Thèse, Paris, 2015.
- GAILLIARD A.**, *Les fondements du droit des sépultures*, Thèse, Lyon 3, 2016.
- GALLARDO E.**, *La qualification pénale des faits*, PUAM, 2013.
- GRECOURT G.**, *L'évolution de la notion de violence à l'aune du droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2012.
- GOUNOT E.**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, 1912.
- GRUEL T.**, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, PU du Septentrion, 2001.
- GUINCHARD S.**, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976.
- HENNAU-HUBLET CH.**, *L'activité médicale et le droit pénal : les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, LGDJ, 1987.
- HOENIG W.**, *L'infraction passive attentatoire à l'intégrité physique et à la vie des personnes*, Thèse, Nice, 2005.
- HURPY H.**, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015.
- IACUB M.**, *Le corps de la personne*, Thèse, Paris, 1993.

- KABBAJ N.**, *Le consentement de la victime*, Thèse, Montpellier, 1981.
- KHALIL J.**, *Le corps humain à disposition*, Thèse, Toulouse 1, 2009.
- KLEIN N.**, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Thèse, Paris VIII, 2010.
- LABBÉE X.**, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012.
- LACAZE M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010.
- LAVROFF S.**, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, ANRT, 1998.
- LAHALLE T.**, *La qualification juridique du corps humain*, ANRT, 2004.
- LEBOEUF A.**, *Analyse critique des violences volontaires*, Thèse, Lille 2, 2014.
- LE ROY M.**, *L'évaluation du préjudice corporel : expertises, principes, indemnités*, 2004.
- LEVASSEUR G.**, *Suicide et euthanasie au regard du droit pénal*, Lumière et vie, s.d. ;
- LOISEAU G.**, *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997.
- MALAURIE Ph.**, *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1953.
- MARÉCHAL J.-Y.**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003.
- MARRION B.**, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Nancy II, 2010.
- MAYAUD Y.**, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979.
- MOINE I.**, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997.
- MOUSNY M.-P.**, *Le statut juridique du corps humain*, Thèse, Nice, 1998.
- OLLARD R.**, *La protection pénale du patrimoine*, LGDJ, 2010.
- PEREZ-DIAZ C.**, *Violences conjugales : missions et finalité concrète de l'intervention pénale*, L'Harmattan, 2015.
- PERRIN J.**, *Les agressions et atteintes sexuelles en droit pénal français : contribution à l'étude des incriminations et de leur régime*, Thèse, Montpellier, 2012.
- PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.
- PIROVANO A.**, *Faute civile et faute pénale*, LGDJ, 1966.

- POPU H.**, *La dépouille mortelle, chose sacrée*, L'Harmattan, 2009.
- PRIEUR S.**, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse, Université de Bourgogne, 1998.
- PROTHAIS A.**, *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985.
- PY B.**, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse, Nancy II, 1993.
- RABUT-BONALDI G.**, *Le préjudice en droit pénal*, LGDJ, 2016.
- RAGE V.**, *L'exploitation thérapeutique du corps humain créatrice d'une nouvelle catégorie de biens*, Thèse, Lille 3, 2009.
- RAYE F.**, *L'appréhension de la dignité humaine par le droit pénal*, Thèse, Nice, 2008.
- RAYMOND M.-A.**, *Les infractions de résultat*, Thèse, Bordeaux IV, 2010.
- ROYANT S.**, *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse, Montpellier, 2002.
- SARVONAT G.**, *Le principe d'inviolabilité du corps humain en droit civil*, Thèse, Poitiers, 1951.
- SATTA F.**, *La génétique et le droit pénal*, ANRT, 2004.
- SIDOINE S.**, *Le meurtre du nouveau-né : aspects juridiques et criminologiques*, Thèse, Nantes, 2013.
- STONESTREET N.**, *La notion d'infraction pénale*, Thèse, Bordeaux IV, 2009.
- TARHINI R.**, *Le sort de la femme auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais*, LGDJ, 2012.
- THELLIER DE PONCHEVILLE B.**, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010.
- TISSIER D.**, *La protection du corps humain*, L'Harmattan, 2013.
- TRASSARD C.**, *Le corps du mineur absent du procès pénal : l'éclatement spatio-temporel de la parole et de l'image dans le procès pénal du XXI^{ème} siècle*, Thèse, Nanterre, 2014.
- WALTHER J.**, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand : contribution à une théorie générale de l'illicéité*, Thèse, Nancy II, 2003.
- ZENATI-CASTAING F.**, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, Thèse, Lyon, 1981.

C. Ouvrages spécialisés

- AMOUX I.**, *Les droits de l'être humain sur son corps*, PU Bordeaux, 1995, p. 74.
- BAUDOIN J.-L., BLONDEAU D.**, *Ethique de la mort et droit à la mort*, PUF, 1993
- BELRHOMARI N.**, *Génome humain, espèce humaine et droit*, L'Harmattan, 2013.
- BERNARD J.**, *De la biologie à l'éthique*, Buchet-Chastel, 1990.
- BAUD J.-P.**, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Editions du Seuil, 1993.
- BORILLO D.**, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.
- CAMPANELLA S., STREEL E.**, *Psychopathologie et neurosciences : questions actuelles de neurosciences cognitives et affectives*, De Boeck Université, 2008.
- CHAUVIER S.**, *Qu'est-ce qu'une personne ?*, J. Vrin, 2003.
- CHEVALLIER J. (dir)**, *Les bonnes mœurs*, Publication du C.U.R.A.P.P., PUF, 1994.
- CRUET J.**, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.
- DECIMA O.**, *La qualification dans le procès pénal*, Cujas, 2013.
- DELMAS-MARTY M.**,
- *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.
- *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.
- DARSONVILLE A., LEONHARD J. (dir.)**, *La loi pénale et le sexe*, LGDJ, 2015.
- DIERKENS R.**, *Les droits sur le corps et le cadavre*, Masson, 1966.
- DIDEROT**, *Lettres sur les aveugles à l'usage de ceux qui voient. Lettres sur les sourds et muets à l'usage de ceux qui entendent et qui parlent*, présentation, notes, dossier, chronologie, bibliographie, M. Hobson et S. Harvey, Garnier-Flammarion, 2000.
- DIJON X.**, *La raison du corps*, Bruylant, 2012.
- DOUCET J.-P.**, *La protection de la personne humaine*, Editions Gazette du Palais, 4^{ème} édition.
- DUGUIT L.**, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} édition, 1920.
- DURKHEIM E.**, *De la division du travail social*, PUF, 2013.

ECCLES J. C., *Evolution du cerveau et création de la conscience : à la recherche de la vraie nature de l'homme*, traduit de l'anglais par Jean-Mathieu Luccioni, avec la participation de Elhanan Motzkin, Flammarion, 1994.

EDELMAN B., *Ni chose, ni personne*, Hermann, 2009.

FEUILLET-LE-MINTIER B. (dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, PUF, 1999, p. 307 s

FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A. (dir.), *Corps de la femme et Biomédecine. Approche internationale*, Bruylant, 2013.

FEUILLET-LIGER B., SCHAMPS G. (dir.), *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Bruylant, 2015.

FIEVET C., *Body hacking. Pirater son corps et redéfinir l'humain*, FIP, 2012.

FOUCAULT M., :

- *Surveiller et punir* (1975), Gallimard, 2003.

- *Histoire de la sexualité. Tome I : La volonté de savoir*, Gallimard, 2000.

GALIMBERTI U., *Les raisons du corps*, Grasset et Fasquelle, 1998.

GIRAULT C., *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, PUAM, 2002.

GODDARD J.-C. (dir.), *Le corps*, J. Vrin, 2005.

HOFSTEIN F., *L'amour du corps*, O. Jacob, 2005.

HOUZIAU A (dir.) *Doit-on légaliser l'euthanasie*, L'Atelier, 2004.

IMBERT J. et LEVASSEUR G., *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, Hachette, 1972.

JACQUET Ch., *Le corps*, PUF, 1^{ère} édition, 2001.

KELLER P.-H. (dir.), *Le corporel : nouvelles approches en psychosomatique*, Dunod, 2010.

LABBEE X. (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015.

LE BRETON D., *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, 2008.

LEGROS B., *Euthanasie, arrêt de traitement, soins palliatifs et sédation : l'encadrement par le droit de la prise en charge médicale de la fin de vie*, Les Etudes hospitalières, 2011.

LEIBNIZ,

- *Essais de Théodicée*, (1710), Présentation et notes de Ch. Fremont, Garnier-Flammarion, 1969.

- *Système nouveau de la nature et de la communication des substances*, (1695), Présentation et notes de Ch. Fremont, Garnier-Flammarion, 1994.

LENOIR N., MATHIEU B., *Le droit international de la bioéthique (textes)*, PUF, 1998.

LOISEAU G., *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997.

MARX K., :

- *Manuscrits de 1844*, Editions Sociales, 1972,

- *Le Capital*, Editions Sociales, 1976.

- *Travail salarié et capital. Salaire prix profit*, Editions Sociales, 1985.

MAYAUD Y., *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003.

MOREILLON L., KHUN A., BICHOVSKY A. et alii, *Aspect pénaux du droit du vivant*, LGDJ, 2004.

NIETZSCHE, *Par-delà bien et mal*, traduit par P. Wotling, GF-Flammarion, 2000.

PERINET-MARQUET H. (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, 2009.

PONCELA P., LASCOUMES P., *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998.

PY B., (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010.

REYNIER M., *L'ambivalence juridique de l'humain : entre sacralité et disponibilité*, Les Études hospitalières, 2011.

RIBEYRE C. (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, Cujas, 2014.

ROSENCZVEIG J.-P., *L'enfant victime d'infractions et la justice. Un droit pénal spécifique*, Wolters Kluwers, 2015.

ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005.

ROUSSEAU J.-J., *Emile ou de l'éducation*, Livre I, Garnier-Flammarion, 2009.

SEVE L., *Qu'est-ce que la personne humaine ? Bioéthique et démocratie*, La Dispute, 2006.

SPINOZA, *Ethique, II*.

STEIN E., *De la personne : corps, âme, esprit*, présenté et traduit de l'allemand par Philibert Secretan, les Editions du Cerf, 1992.

TRICOIRE E., *L'extracommercialité*, EUE, 2012.

III. Encyclopédies

A. Juris-Classeur

BEIGNIER B., *J.-Cl. Civil Code*, arts. 16 à 16-14, fascicule 72 : Respect et protection du corps humain – le mort, janvier 2017.

BINET J.-R., *J.-Cl. Civil Code*, arts. 16 à 16-14, fascicule 12 : Protection de la personne, le corps humain, juin 2016.

BYK Ch., *J.-Cl. Pénal Code*, arts. 223-8 et 223-9, fascicule unique : Expérimentation sur la personne humaine : protection du consentement, septembre 2016.

OLLARD R., *J.-Cl. Pénal Code*, arts. 222-1 à 222-6-2, fascicule 20 : Tortures et actes de barbarie, septembre 2017.

VALAT J.-P., *J.-Cl. Pénal Code*, arts. 222-7 à 222-16-3, fascicule 10 : Violences, juin 2017.

VITU A., *J.-Cl. Pénal Code*, art. 434-7, fascicule 20 : Recel de cadavre, actualisé par R. Bernardini, 29 février 2016.

B. Répertoire Dalloz

DARSONVILLE A., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Viol, février 2017.

HAUSER J., LEMOULAND J.-J., *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, janvier 2016.

MAISTRE DU CHAMBON P., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Recel de cadavre, janvier 2009.

MALABAT V., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2017.

MASCALA C., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Abus de confiance, avril 2017.

MAYAUD Y., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Violences volontaires, février 2017.

MISTRETTA P., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Interruption volontaire de grossesse, avril 2017.

PENNEAU J., *Rép. Civ. Dalloz*, v° Corps humain – Bioéthique, août 2017.

VIRRIOT-BARRIAL D., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Dignité de la personne humaine, janvier 2016.

IV. Lexiques et dictionnaires

Dictionnaire des droits de l'Homme, PUF, 2008.

Dictionnaire des sciences criminelles, G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), Dalloz, 2004.

Le nouveau Littré, (par E. Littré), J. PRUVOST (dir.), Garnier, édition augmentée du petit Littré, 2004.

Lexique des termes juridiques, T. DEBARD et S. GUINCHARD, 25^{ème} édition, Dalloz, 2017.

Vocabulaire juridique, G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} édition mise à jour, 2014.

V. Articles de doctrine, chroniques et notes de jurisprudence

ABOUCAYA E., « Défendre les auteurs de violences sexuelles, c'est toujours défendre : c'est remettre la parole là où elle a manqué », dossier : Les violences sexuelles, *AJ Pénal* 2004, p. 19 s.

ALT-MAES F.,

- « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *RSC* 1987, p. 347 s.

- « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, p. 244 s.

- « Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit pénal médical », *JCP G* 2004, I 184.

- « La loi sur la fin de vie devant le droit pénal », *JCP G* 2006, n° 10-11, doct. 119.

AMBROISE-CASTÉROT C., « Droit pénal et droit des personnes », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du XX^{ème} Congrès de l'Association Française de Droit Pénal des 5, 6 et 7 octobre 2011, Cujas, 2012, p. 15 s.

ANDRE Ch., « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC* 2004, p. 43 s.

ANDRIEU B., « Montrer son cadavre ! Quelle éthique du corps plastiné ? », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 17 s.

ANGEVIN H., « Viol d'autrui ou viol de la loi ? », *Droit pénal*, mars 1998, chron. n° 7.

ARCHER F., « Réflexions sur la place de l'intervention législative en droit pénal de la vie humaine », *RGDM* 2009, n° 30, p.143 s.

ATLAN H., « De la biologie à l'éthique. Le "clonage" thérapeutique », *Médecine et Sciences*, 2002, n° 5, p. 635 s.

ATIAS Ch., « Destins du droit de propriété », *Droits* 1985, n° 1, p. 9 s.

BARBARAS R., « De la phénoménologie du corps à l'ontologie de la chair », in J.-Ch. Goddard (dir.), *Le corps*, p. 207 s.

BAUD J.-P., « Le corps, personne par destination », in *Droit de la famille : Liber amicorum à la mémoire de D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 13 s.

BEAUSSONIE G.,

- « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *RSC* 2010, p. 525 s.
- « Vers un retour du "bon juge" en droit pénal ? À propos de l'absence de sanction d'une soustraction de produits périmés », *D.* 2016, p. 644 s.
- « Précisions sur l'abus de confiance portant sur la clientèle d'autrui », *AJ pénal* 2017, p. 232 s., note sous arrêt.

BEIGNIER B.,

- « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1994, p. 13 s.
- « La vie privée, un droit des vivants », *D.* 2000, p. 372 s., note sous arrêt.
- « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs : les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 153 s.
- « La liberté de concevoir un enfant », *Droit de la famille*, février 2004, chron. n° 3.

BELLIVIER F., NOIVILLE Ch., « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC* 2016, p. 505 s.

BELOUCIF S. et BOULARD G., « Les traitements devenus vains en réanimation : éléments de réflexion », in *Conférences d'actualisation 2000*, Editions scientifiques et médicales Elsevier SAS, et SFAR, 2000, p. 409 s.

BENEJAT-GUERLIN M.,

- « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal* 2012, p. 392 s.
- « Droit pénal et fin de vie », *AJ Pénal* 2016, p. 522 s.

BENILLOUCHE M.,

- « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *LPA* 18 février 2005, n° 35, p. 82 s.
- « Les incertitudes juridiques entourant la contamination volontaire par le VIH », *AJ Pénal* 2012, p. 388 s.

BEREAU R., « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron. p. 187 s.

BERGEL J.-L., « Propriété et droits réels », *RDI* 1979, p. 167 s.

BERTIN Ph., « Un doigt de droit, deux doigts de bon sens... », *Gaz. Pal.* 1986, chron. p. 96 s.

BERTRAND-MIRKOVIC A., « Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos ! », *LPA* 14 juin 2002, n° 119, p. 4 s.

BICLET P., « Faut-il transfuser un témoin de Jéhovah contre son gré ? », *Médecine et droit*, 2003, p. 137 s.

BIOY X.,

- « Le statut des restes humains archéologiques. Commentaire de la loi du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France têtes Maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections », *RPDP* 2011, n° 1, p. 89.

- « Le corps solidaire », *Journal International de Bioéthique*, 2014/2, vol. 25, p. 137 s.

BINET J.-R.,

« La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3^{ème} partie », *Droit de la famille*, décembre 2004, étude n° 28.

- « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP G* 2011, n° 29-34, act. 846.

- « Bioéthique : arrêt de traitement en fin de vie », *Droit de la famille* septembre 2013, comm. n° 114.

- « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, vol. 1, ISC Grenoble, Cujas, 2014, p. 43 s.

- « Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *Droit de la famille*, octobre 2016, dossier n° 34.

- « Insémination post-mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, décembre 2016, étude n° 15

- « Pas d'assistance médicale à la procréation pour un homme ayant subi une vasectomie », *Droit de la famille*, septembre 2017, comm. n° 195.

BLAIRON K., « La circulation des personnes décédées dans l'Union Européenne », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 31 s.

BLANC A., « L'audience », dossier : Les violences sexuelles, *AJ Pénal* 2004, p. 15 s.

BOFFAT R., « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18 s.

BOULAY A., « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux : la position de l'APEV », dossier : Irresponsabilité pénale des malades mentaux : état des lieux, *AJ Pénal* 2004, p. 318 s.

BOULOC B., « L'intention en matière délictuelle », *RSC* 1995, p. 97 s.

BRAHMY B., « Psychiatrie et prison : constats et recommandations. » dossier : Irresponsabilité pénale des malades mentaux : état des lieux, *AJ Pénal* 2004, p. 315 s.

BRIGAN J.-M.,

- « Diffusion de photographies de la tuerie de Chevaline : relaxes et irrecevabilité », *JCP G* 2017, n° 17, 470.

- « Mort(s) et droit pénal », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014, p. 375 s.

BRUNETTI-PONS C., « Le “tourisme procréatif”, porte ouverte au trafic d’enfants et à l’exploitation de la misère ? », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 249 s.

BOUTEILLE-BRIGAN M. et Rouge-Maillart C., « Recherche(s) et cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014, p. 289 s.

BUSSY F., « La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 61 s.

BYK Ch.,

- « La loi relative au respect du corps humain », *JCP G* 1994, I 3788.

- « Le droit pénal des sciences de la vie », *RPDP* 1996, p. 23 s.

- « Bioéthique. Prévoir le changement pour que rien ne change ? », *JCP G* 2011, n° 29-34, 844.

CALLU M.-F., « Le regard du droit sur la fin de vie », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 65 s.

CASEY J., « Le cas du coïndivisaire voleur de la chose indivise... », *AJ famille* 2015, p. 406 s., note sous arrêt.

CAYOL A., « Avant la naissance et après la mort : l’être humain, une chose digne de respect », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2011, n° 9, p. 117 s.

CERF-HOLLENDER A., « Libre disposition de son corps et prostitution », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 309 s.

CHABAS F., « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l’Association H. Capitant, Tome 26, Dalloz, 1975, p. 147 s.

CHABAULT C., « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *LPA* 3 mai 1996, n° 54, p. 4 s.

CHACORNAC J., « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, p. 849 s.

CHAIGNEAU A., « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d’un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.* 2016, p. 263 s.

CHAPLEAU B., « La pénalisation de la transmission du virus de l’immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Droit pénal*, octobre 2006, étude n° 18.

CHARTIER Y., « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.* 1991, p. 417 s.

CHASSAING J.-F.,

- « Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », *RSC* 1993, p. 445 s.

- « Les principes fondateurs du droit pénal : continuités et ruptures », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 13 s.

CHAUVAUX D., « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA* 2002, p. 146 s.

CHEVALLIER J.-Y., « Homicide involontaire d'un enfant à naître à la suite d'un accident de la circulation », *D.* 2000, p. 873 s., note sous arrêt.

CHEYNET DE BEAUPRE A.,

- « Des cadavres et des cendres », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014, p. 189 s.

- « Des cadavres et des cendres », in *Le sens de l'art aux confins du droit : le droit relégué par l'art*, *RLDI* 2012, p. 189 s.

CHIOCCARELLO A.,

- « Importation et exportation des produits du corps humain », *Gaz. Pal.*, octobre 2008, n° spécial Droit de la santé, p. 51 s.

- « L'absence de statut des prélèvements humains révèle l'impuissance du droit lors de l'utilisation des éléments et produits du corps humain », *Gaz. Pal.*, janvier 2010, n° 16, p. 40 s., note sous arrêt.

CIMAR L., « Réflexions sur les dispositions pénales des lois dites "bioéthique" », in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, PUF, 1999, p. 307 s.

COMMARET D., « La loi Fauchon, cinq ans après », *Droit pénal*, avril 2006, étude n° 7.

CONTE Ph., « Le code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 229 s.

COPART I., « Pour un nouvel ordre public funéraire. Variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Droit de la famille*, février 2009, étude n° 15.

CORMIER Ch., « L'établissement français du sang », *RDSS* 2001, p. 763 s.

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

CORPART I., « Feu la cryogénéisation », *D.* 2006, p. 1875 s., note sous arrêt.

COTTE B. et GUIHAL D., « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », *Droit pénal*, avril 2006, n° 4, étude n° 6.

COURCELLE P., « Le corps-tombeau (Platon, *Gorgias*, 493 a, *Cratyle*, 400 c, *Phèdre*, 250 c) », in *Revue des études anciennes*, 1996, n° 1-2, p. 101 s.

COURTINE J.-J., « Le désir et les normes », in *Histoire du corps, Vol. 3, Les mutations du regard*, Seuil, 2006, p. 55 s.

COURTRAY F., « De l'empoisonnement en matière de contamination sexuelle par le VIH », *LPA* 21 octobre 1998, n° 126, p. 9 s.

CROMER S., DESNOYER C., DARSONVILLE A., GRUNVALD S., « Présentation générale : une recherche sur le traitement pénal des viols », Dossier : Le traitement pénal des viols, *AJ pénal* 2017, p. 256 s.

DANTI-JUAN M., « Sang contaminé, tromperie et empoisonnement. Trop et trop peu n'est pas mesure... », in J. PRADEL (dir.), *Sang et droit pénal. À propos du sang contaminé*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, vol. XIV, Cujas, 1994, p. 61 s.

DARGENTAS E., « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411 s.

DARLEY M., « L'exploitation sexuelle en procès : perspectives comparées franco-allemandes », *Les Cahiers de la justice*, 2017, n° 1, p. 107 s.

DARSONVILLE A.,

- « Ordre public et ordre pénal », in CH.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Cujas, 2013, p. 287 s.

- « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *Dalloz actualité*, 13 janvier 2014.

- « L'homme augmenté et la responsabilité pénale », in X. LABBÉE (dir.), *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 71 s.

- « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal* 2016, p. 306 s.

- « L'exigence de textualité », *RPDP* 2016, p. 99 s.

- « Réformer l'incrimination de viol ? », *D.* 2017, p. 640 s.

DAURIE-FAVEAU M., « Recel de vol : notion de chose abandonnée et élément moral du recel », *JCP G* 2005, n° 47, II 10162.

DE LAMY B., « Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? », *D.* 2001, p. 1423, note sous arrêt.

DECIMA O.,

- « L'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal* 2012, p. 380 s.

- « Le déni de grossesse, l'article 122-1 du code pénal et la faute », *AJ Pénal* 2012, p. 651 s.

DEFFAINS N., « Le défunt devant la Cour européenne des droits de l’homme », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 95 s.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.,

- « Nullité de la convention par laquelle une femme s’engage à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à la naissance », *D.* 1992, p. 59 s.

- « Réflexions sur l’acte médical non thérapeutique », in J. LEONHARD, F. VIALLA et B. PY (dir.), *Mélanges en l’honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Les Études hospitalières, 2015, p. 399 s.

DELAGE P.-J.,

- « Les recherches biomédicales non consenties devant la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RGDM* 2009, n° 31, p. 207 s.

- « Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010, p. 2044 s. note sous arrêt.

DELMAS-MARTY M.,

- « Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477 s.

- « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC* 2012, p. 495 s.

DETRAZ S., « La notion textuelle de “victime” en matière pénale », in *Mélanges en l’honneur de G. Giudicelli-Delage, Humanisme et justice*, Dalloz, 2016, p. 67 s.

DI MARINO G., « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *RSC* 1991, p. 505 s.

DIONISI-PEYRUSSE A., « Gestation pour autrui : l’acte de naissance n’a pas à être transcrit en ce qu’il désigne la mère d’intention mais l’adoption par le parent d’intention peut être envisagée ! », *AJ Famille* 2017, p. 482 s.

DOUCET J.-P., « La condition préalable à l’infraction », *Gaz. Pal.*, 1972, doctr. n° 726 s.

DOUMENG V., « “Ton corps nous appartient” : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer une volonté », in *Mélanges en l’honneur de Claire Neirinck*, LGDJ, 2015, p. 61 s.

DREIFUSS-NETTER F., « Droit à l’enfant et droit de l’enfant », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 159 s.

DREYER E.,

- « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ* 2005, n° 1, p. 19 s.

- « Vie privée », in D. CHAGNOLLAUD et G. FRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 726 s.

- « La fonction des droits fondamentaux dans l’ordre juridique », *D.* 2006, chron. p. 748 s.

- « La dignité des personnes âgées », in J.-R. BINET (dir.), *Dignité et vieillissement de la personne*, Lexisnexis, 2008, p. 3 s.

- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, chron. p. 2730 s.

DROSS W., « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2015, p. 27 s.

DUBARRY J., « Les pénalistes parlent-ils la même langue que les civilistes ? Regards croisés sur la chose et le bien », in B. PY (dir.), *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p. 167 s.

DUGAS de la BOISSONNY Ch., « Quelques réflexions sur la perception de la mort du moyen-âge à nos jours », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 115 s.

DUPUY O., « Le décès à l'hôpital », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 121 s.

EDELMAN B.,

- « L'homme aux cellules d'or », *D.* 1989, chron. p. 225.

- « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron. n° 205, p. 205 s.

- « Le concept juridique d'humanité », in *Le Droit, la médecine et l'être humain*, PUAM, 1996, p. 245 s.

- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, chron. p. 185 s.

- « L'arrêt "Perruche" : une liberté pour la mort ? », *D.* 2002, p. 2349 s.

- « Morts à crédit », *D.* 2009, p. 2019 s., note sous arrêt.

- « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.* 2010, p. 2754 s.

FABRE-MAGNAN M.,

- « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 s.

- « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, chron. p. 1508 s.

- « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1, vol. 58, p. 1 s.

FAICT T. et MISTRETTA P., « Faute caractérisée d'un médecin exposant autrui à un risque d'une particulière gravité », *JCP G* 2007, n° 3, II 10006.

FELDMAN J.-Ph., « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2008, n° 48, p. 87 s.

FEUILLET B., « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *RDSS* 2008, p. 713 s.

FLAUSS J.-F., « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1992, p. 1026 s., note sous arrêt.

FOURNIER S., « Vol : exclusion des objets abandonnées », *RPDP* 2016, p. 115 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Face au fait des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ? », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 265 s.

GAILLE M., « La gestation pour autrui (approche médicale) », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 289 s.

GALLOIS J., « Escroquerie : un moyen frauduleux peut désormais provoquer la remise d'un immeuble construit », *Dalloz actualité*, 20 septembre 2016.

GALLOUX J.-Ch.,

- « Réflexion sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers du droit*, 1989, n° 4, p. 1011 s.
- « Le corps humain dans le Code civil », in *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, D. 2004, p. 385 s.
- « L'indemnisation du donneur vivant de matériel biologique », *RDSS* 1998, p. 1 s.
- « L'embryon communautaire », *D.* 2012, p. 410 s., note sous arrêt.

GALLOUX J.-Ch. et GAUMONT-PRAT H.

- « Droits et libertés corporels janvier 2013 - janvier 2014 », *D.* 2014, pan. p. 843 s.
- « Droits et libertés corporels février 2014 - février 2015 », *D.* 2015, pan. p. 755 s.
- « Droits et libertés corporels mars 2015 – février 2016 », *D.* 2016, pan. p. 752 s.
- « Droits et libertés corporels février 2016 – février 2017 », *D.* 2017, pan. p. 781 s.

GARRAUD P., LABORDE-LACOSTE M., « Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale » *Revue générale de droit* 1926, p. 129 s.

GAUMONT-PRAT H.,

- « Réexamen de la loi de bioéthique », *D.* 1999, p. 343 s.
- « La révision des lois de bioéthique et la recherche sur les cellules souches embryonnaires », *Revue Lamy Droit Civil*, 2005, n° 12, p. 27 s.

GESLOT Ch., « Prostitution, dignité... par ici la monnaie ! », *D.* 2008, chron. p. 1292 s.

GILLET J.-L., « Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui (approche juridique). Le parti et le challenge du droit », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 209 s.

GIRAULT C.,

- « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, n° 15, II 10062.
- « Identification et identité génétiques », dossier : Identité : la prouver et la défendre, *AJ Pénal* 2010, p. 224 s.

GIUDICELLI A., « Le droit pénal de la bioéthique », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 79 s.

GIUDICELLI-DELAGE G., « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », *RSC* 1996, p. 13 s.

GLENARD G.,

- « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *RFDA* 2015, p. 869 s.

GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489 s.

GOGORZA A., « La dignité humaine », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 93 s.

GONCALVES B., « Recherches sur l’embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », *Journal International de Bioéthique*, 2015/2, vol. 26, p. 165 s.

GONTHIER F., « Existence du droit au respect de son corps », in J.-Ch. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 1281 s.

GOUTAL J.-L., « L’autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980, p. 911 s.

GRANET-LAMBRECHTS F., « Les dons d’organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthique », *RDSS* 1995, p. 1 s.

GRIDEL J.-P., « Est attentatoire à la dignité de la personne la publication de la photographie d’un préfet assassiné », *D.* 2001, chron. p. 885 s.

GRUNVALD S.,

- « À propos de l’élément matériel de l’infraction : quelques questions de frontières », in *Mélanges Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 131 s.

- « La répression des mutilations sexuelles féminines : une mise à distance de principe de la diversité culturelle. Brèves remarques à propos de l’avis de la CNCDH du 28 novembre 2013 », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 79 s.

GRZEGORCZYK Ch., « Le concept de bien juridique ; l’impossible définition ? », in *Les biens et les choses, Archives de philosophie du droit*, Tome 24, 1979, p. 259 s.

GUERIN M.-C., « L’interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? », *Droit de la famille*, octobre 2010, étude n° 18.

GUERY Ch., « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l’inceste », *AJ Pénal* 2010, p. 126 s.

HAOULIA N., « La réglementation des tatouages et piercings : entre expression et dignité », *Les Cahiers du droit de la santé*, 2014, n° 18, p. 189 s.

HAUSER J.,

- « L’embryon congelé n’a pas de valeur vénale et n’est pas un être cher », *RTD civ.* 2004, p. 482 s.

- « La valeur de l’embryon congelé (suite) » ; *RTD civ.* 2006, p 87.

- « La mort en ce jardin ! », *RTD civ.* 2009, p. 501 s.

- « L’homme augmenté », in X. LABBÉE (dir.), *L’homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 15 s.

HENNETTE-VAUCHEZ S.,

- « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.

- « Droits des patients et pouvoir médical – Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie ! », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 173 s.

HERZOG-EVANS M., « Homme, homme juridique et humanité de l’embryon », *RTD civ.* 2000, p. 65 s.

HILGER G., « L’homme augmenté et la responsabilité civile », in X. LABBÉE (dir.), *L’homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 79.

JAVERZAT S., « La gestation pour autrui (approche médicale) », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 205 s.

JOLY S., « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain. A propos de l’arrêt rendu par l’Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Droit de la famille*, octobre 2001, chron. n° 22.

JOSSERAND L., « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1982, chron. p. 1 s.

JUET E., « Étendue de l’exclusion de brevetabilité portant sur les utilisations d’embryons humains à des fins industrielles ou commerciales (directive 98/44/CE) », *Environnement*, n° 11, p. 63 s.

KARILA DE VAN J., « Le corps et la morale. Réflexions sur trois lois récentes », *LPA* 16 juin 1995, n° 72, p. 10 s.

KAYSER P.,

- « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 445 s.

- « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.* 1987, chron. p 189 s.

KENSEY A., « Éléments statistiques sur les infractions sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 49 s.

KOERING-JOULIN R., « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, p. 106 s.

LABBEE X.

- « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.* 1997, p. 376 s., note sous arrêt

- « Le chien prothèse », *D.* 1999, jurispr. p. 350 s.

- « Esquisse d’une définition civiliste de l’espèce humaine », *D.* 1999, chron. p. 437 s.

- « La tribune du gynécologue », *L’entreprise médicale*, janvier 2000, n° 10.

- « Le statut juridique du corps humain après la mort », *RGDM* 2002, p. 277 s.

- « La personne, l’âme et le corps », *LPA* 5 décembre 2002, n° 243, p. 5 s.

- « La dévolution successorale des restes mortels », *AJ famille* 2004, p. 123 s.

- « La valeur de l’embryon congelé », *D.* 2004, jurispr. p. 1051 s.

- « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *D.* 2005, p. 930 s., note sous arrêt.

- « La gueule de l'autre », *D.* 2006, chron. p. 801 s.
- « Souviens-toi que tu es poussière. A propos de la loi du 19 décembre 2008 », *JCP G* 2009, n° 4, act. 34.
- « Les “choses sacrées” existent de nouveau en droit », *JCP G* 2011, n° 5, 104.
- « Sacré cadavre », *JCP G* 2011, n° 8, 197.
- « L'homme augmenté », *D.* 2012, p. 2323 s.
- « Les instruments de prothèse et la mise en bière », *LPA* 26 juillet 2012, n° 149, p. 3 s.
- « Le cyborg et les lois bioéthiques », in *Actes du colloque des 13 et 14 octobre 2011*, tenu à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, IRJS, 2013, p. 29 s.
- « Cadavre(s) et Lois bioéthiques », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014, p. 313 s.

LABRUSSE-RIOU C., « La normalité d'un enfant à naître peut-elle être juridiquement protégée ? Selon quels critères apprécier le caractère eugénique des pratiques biomédicales de contrôle des naissances » ? », *LPA* 5 décembre 2002, n°243, p. 45 s.

LAINGUI A. et CREPIN M., « La philosophie du droit pénal du moyen âge à l'époque moderne », *RIDP* 1979, p. 613 s.

LAMEYRE X., « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 54 s.

LAMY (de) B., « Transmission volontaire du virus VIH », *Droit de la famille*, 2006, comm. n° 101.

LANCE D. et MERCHANT J., « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 249 s.

LARRALDE J.-M.,

- « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 263 s.

- « La France, État proxénète ? », *RTDH* 2009, p. 195 s.

LASSERRE CAPDEVILLE J., « Rappel utile à propos de l'élément matériel du délit », *AJ pénal* 2016, p. 264 s.

LAURENT-BONNE N., « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *D.* 2016, chron. p. 1713 s.

LAVAUD-LEGENDRE B., « Retour sur les objectifs de la loi de lutte contre le système prostitutionnel », *RSC* 2016, p. 725 s.

LAVRIC S., « Réexamen d'une décision pénale et application dans le temps de la contrainte par corps », *AJ Pénal* 2008, p. 87 s., note sous arrêt.

LEBRETON G.,

- « Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993, *Milhaud*) », *D.* 1994, chron. p. 352 s.

- « Les ambiguïtés du droit français à l'égard du respect de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges P. Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 53 s.

- « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 291 s.

LECLERC H., « Sur le nouveau Code pénal », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 93 s.

LE DOUARON C., « Interdiction de l'exposition "Our body, à corps ouvert" », *D.* 2009 p. 2009 s.

LE GOFF R.,

- « Responsabilité d'un hôpital du fait de la destruction d'embryons », *AJDA* 2006, p. 442 s.

LEGROS E., « L'embryon produit défectueux », Colloque « La vie humaine mise sur le marché », *LPA* 5 septembre 2002, n° 243, p. 63 s.

LEMENNICIER B., « Le corps humain, propriété de soi, propriété de l'Etat », *Droits* 1991, n° 13, p. 111 s.

LEONETTI J., VIALLA F., THIBERT J.-B., « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *RGDM* 2016, n° 59, p. 77 s.

LEONHARD J., « Cadavre à la une », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 207 s.

LEPAGE A.,

- « Suicide et droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 399 s.

- A. LEPAGE, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 647 s.

LEPAGE A., MAISTRE du CHAMBON P., « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 613 s.

LEVINET M.,

- « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 71 s.

- « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits* 2009, n°49, p. 3 s.

LESCLOUS V. et MARSAT C., « Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques », *Droit pénal*, juin 1998, n° 6, chron. n° 17.

LIGER D., « La réforme des règles applicables en matière d'irresponsabilité pénale des malades mentaux : un projet critiquable », *AJ Pénal* 2004, p. 361 s.

LOBE LOBAS M., « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, LGDJ, 2015, p. 581 s.

LOISEAU G.,

- « L'hypertrophie de la notion de chose hors du commerce », *JCP G* 1999, 1 191.
- « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47 s.
- « L'homme construit : politique juridique et logique scientifique », in *Science et politique : les liaisons dangereuses*, Romillat, 2003, p. 223 s.
- « Pour un droit des choses », *D.* 2006, chron. p. 3015 s.
- « L'acte II d'enfant sans vie », *Droit de la famille*, octobre 2008, comm. n° 135.
- « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G* 2008, n° 11, II 1045.
- « La qualification juridique de l'embryon : sujet ou objet ? », in P. JOUANNET et C. PALEY-VINCENT (dir.), *L'embryon, Le fœtus, L'enfant, l'Assistance médicale à la procréation (AMP) et les lois de bioéthique*, ESKA, 2009, p. 92 s.
- « Des cadavres mais des hommes », *JCP G* 2009, n° 25, act. 12., note sous arrêt.
- « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.* 2009, p. 236 s.
- « De respectables cadavres, les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p. 2750 note sous arrêt.
- « La protection posthume de la personnalité », *JCP G* 2010, n° 39, 942, note sous arrêt.
- « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.* 2011, chron. p. 2558 s.
- « Art et dignité. Respect des morts et volonté posthume », in *Le sens de l'art aux confins du droit : le droit relégué par l'art*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2012, p. 103 s.
- « Statut du cadavre : point de vue du privatiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014, p. 213 s.
- « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, chron. p. 2252 s.
- « Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation », *JCP G* 2014, n° 46-47, 1170.
- « L'embryon in vitro aux prises avec les droits de l'homme » *JCP G* 2015, n° 44, 1187, note sous arrêt.
- « Le corps, objet de création », *Juris art etc.* 2015, n° 22, p. 30 s.

MAINGUY D., « De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP G* 2011, n° 9, doct. 250.

MAISTRE du CHAMBON P., « Le déclin du principe de légalité », in *Mélanges Decottignies*, PU de Grenoble, 2003, p. 209 s.

MALABAT V.,

- « Vol. Jeter n'est pas abandonner ! », *RPDP* 2005, p. 977 s.

- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Mélanges Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 155 s.
- « Vol de fichiers informatiques (Art. 311-1 CP) : les supports changent, les interrogations demeurent », *RPDP* 2008, p. 880 s.
- « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443 s.
- « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », », *AJ Pénal* 2016, p. 529 s.

MALABAT V., SAINT-PAU J.-Ch., « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Droit pénal*, février 2004, n° 4, chron. n° 2., note sous arrêt.

MALAURIE Ph., « L'homme, être juridique. À propos des projets de lois sur la bioéthique », *D.* 1994, chron., p. 13 s.

MALBRANCQ E., « La pénétration d'un bâton dans l'anus d'un jeune garçon est-elle constitutive du crime de viol ? », *D.* 1995, somm. p. 138 s.

MALHERBE (De) E., GALLOUX J.-Ch., « L'arrêt Brüstle : de la régulation du marché à l'expression des valeurs », *Propriété industrielle*, 2012, n° 9, p. 7 s.

MARAIS A., « Conserver, aujourd'hui, le sang du cordon ombilical d'un enfant, en vue de la soigner, demain », *D.* 2017, p. 496 s.

MARGUENAUD J.-P.,

- « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2004, p. 799 s.
- « Sodomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s.
- « 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. 295 s.
- « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits* 2009, n°49, p. 19 s.

MARSAT C., « Excuse médicale : appréciation souveraine des juges du fond », *Droit pénal*, novembre 2001, n° 11, chron. n° 42.

MARTIN R., « Personne, corps et volonté », *D.* 2005, doct. p. 505 s.

MARVILLE I., HAYE I., « Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire », *D.* 2011, p. 2215 s.

MASSIAS F., « Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naître ? », *RSC* 2005, p. 135 s.

MATHIEU B.,

- « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1966, p. 282 s.
- « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science. A propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *RFDA* 1994, p. 1019 s.
- « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, doct. p. 451 s.
- « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie », *RGDM* 2003, n° 9, p. 97 s.

MAURIN A.-L., « Assurer les échantillons biologiques humains. Quand les assureurs flirtent avec les limites de l'assurabilité », *RDC* 2014, p. 112 s.

MAUSS M., « Les techniques du corps », in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1950, p. 378.

MAYAUD Y.,

- « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s.
- « L'empoisonnement, une logique de mort », *RSC* 1995, p. 347 s.
- « Du caractère sexuel du viol : vers un critère finaliste ? », *RSC* 1996, p. 374 s.
- « Principes de qualification en cas de violences mortelles », *RSC* 1997, p. 108 s.
- « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et...*contra rationem* », *D.* 1998, chron. p. 212 s., note sous arrêt.
- « L'intention dans la théorie du droit pénal », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, n° XII, PUAM, 1999, p. 60 s.
- « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* » *RSC* 1999, p. 98 s.
- « De la conduite à 200 km/h : une mise en danger sous condition », *D.* 2000 p. 631, note sous arrêt.
- « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s.
- « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, p. 2917 s., note sous arrêt.
- « Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », *RSC* 2003, p. 781 s.
- « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 9 s.
- « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ Pénal* 2004, p. 303 s.
- « Pas d'exhibition sexuelle sans nudité ! », *RSC* 2006, p. 320.
- « L'obligation d'informer de sa séropositivité en cas de relations sexuelles non protégées, ou du relais pénal de l'administration de substances nuisibles », *RSC* 2006, p. 321 s.
- « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, « Les droits et le droit », Dalloz, 2007, p. 807 s.
- « Retour sur la définition du viol », *RSC* 2007, p. 301 s.
- « De la protection pénale du fœtus né vivant...Solution heureuse sur un postulat qui l'est moins ! », *RSC* 2008, p. 337 s.
- « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 5 s.
- « Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! », Dossier : « Le traitement pénal des viols », *AJ Pénal* 2017, p. 257 s.

MAYER D.

- « La protection pénale de la femme », in *Droit contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 379 s.
- « Eléments constitutifs du viol et abandon moral de l'enfant », *JCP G* 1998, n° 52, II 10215, note sous arrêt.
- « Un acte de fellation peut constituer un viol », *JCP G* 1998, n° 19, II 10074, note sous arrêt.
- « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 2004, chron. p. 325 s.

MAZEAU P., « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G* 2005, n° 6, act. 70.

MAZON A., « C'est la prostituée qui fait le proxénète », *Droit pénal*, février 1990, chron. n° 1.

MAZIAU N., « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RDSS* 1999, p. 469 s.

MELIN F.,

- « La crémation : à propos de quelques aspects juridiques », *JCP N*, 2001, n°2, p. 56.

MELIN-SOUCRAMANIEN B., « Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 421 s.

MEMETEAU G., « Le droit médical est-il un droit au bonheur ? », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, PU de Limoges, p. 337 s.

MERLIN M., « Foucault, le pouvoir et le problème du corps social », *Idées économiques et sociales*, vol. 155, n° 1, 2009, p 51.

MICHEL J., « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort (le juge administratif face à la cryogénéisation) », *D.* 2005, chron. p. 1742 s.

MINIATO L., « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », *D.* 2004, jurispr. p. 1416 s., note sous arrêt.

MIRKOVIC A.,

- « La recherche sur l'embryon stoppée à Luxembourg ? », *AJ Famille* 2011, p. 518 s.

- « L'apport au droit de la biomédecine de la loi du 26 janvier 2016 », *Droit de la famille*, octobre 2016, dossier n° 38.

MISTRETTA P.,

- « Harcèlement sexuel : pincer et chatouiller, c'est harceler », *JCP G* 1999, n° 35, II 10145., note sous arrêt.

- « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », *JCP G* 2001, n° 28, II 10566., note sous arrêt.

- « Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate ! », *JCP G* 2002, n° 48, II 10184, note sous arrêt.

- « Le projet de loi relatif à la bioéthique », *RGDM* 2004, n° 12, p. 302 s.

- « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, n° 1, I 100.

- « Transmission volontaire du virus du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal », *RDSS* 2005, p. 415 s.

- « Mise en danger d'autrui : relâche du médecin en l'absence de violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité », *JCP G* 2008, n° 27, II 10127, note sous arrêt.

- « Recherche biomédicale non consentie : le sursaut du droit pénal », *JCP G* 2009, n° 25, 13, note sous arrêt.

- « Cadavre : un statut en cendres ? », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 237 s.

- « La loi du 10 juillet 2000 sur les délits non intentionnels », *RGDM* 2010, n° 12, p. 61 s.
- « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *RIDP*, 2011, n° 82, p. 19 s.
- « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *JCP G* 2011, n° 29-34, 845.
- « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP G* 2011, n° 37, 965, note sous arrêt.
- « Les tribulations de la santé comme valeur sociale pénalement protégée », in *Mélanges Marie-France Callu*, LexisNexis, 2013, p. 591 s.
- « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G* 2013, n° 42, 1063.
- « Le risque pénal en fin de vie : pratiques d'anesthésie-réanimation », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, vol. 1, ISC Grenoble, Cujas, 2014, p. 111 s.
- « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », *JCP G* 2016, n° 8, doct. 240.
- « Affaire Vincent L. : retour à la case départ », *JCP G* 2017, n° 36, 898.
- « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s.

MOINE A., « Les entraves légales à la volonté de mourir », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 247 s.

MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », *D.* 2001, p. 2144 s.

MOLFESSIS N., « La dignité de la personne humaine en droit civil », in TH. REVET ET M-L. PAVIA (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 107 s.

MOREAU-DAVID J., « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000, sup. au n° 16, Actes de la troisième journée Paris V-Droit, « Quelques aspects du droit de la mort », p. 266 s.

MORIN A.-L., « Assurer les échantillons biologiques humains. Quand les assureurs flirtent avec les limites de l'assurabilité », *RDC* 2014, p. 112 s.

MOULY J., « Du prétendu homicide de l'enfant à naître, Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *RSC* 2005, p. 47 s.

MURAT P.,

- « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451 s.
- « Réflexion sur la distinction être humain et personne juridique », *Droit de la famille*, septembre 1997, chron. n° 9.
- « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, octobre 2004, comm. n° 194.
- « Circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie », *Droit de la famille*, octobre 2009, comm. n° 123.

NIVÔSE L.-M., « Des atteintes aux mœurs et à la pudeur aux agressions sexuelles », *Droit pénal*, mai 1995, chron. n° 27.

OLLARD R.,

- « Qualification de droits extrapatrimoniaux », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 273 s.
- « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561 s.
- « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle : analyse de droit comparé », *RSC* 2016, p. 37 s.,

PARIZER-KRIEF K., « À propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne) », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 217 s.

PARIZOT R.,

- « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 9 s.
- « La prostitution, une infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373 s.

PARIZOT R., DETRAZ S., « Le choix de la qualification », in O. DÉCIMA (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé le 22 janvier 2013 par l'École nationale de la magistrature (ENM) et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux (ISCJ), Cujas, 2013, p. 51 s.

PASCAL O. et SCHLENK A., « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », dossier : Les violences sexuelles, *AJ Pénal* 2004, p. 24 s.

PECRESSE V., « Le corps de la personne », *LPA* 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 13 s.

PEIGNE J., « Affaire de l'hormone de croissance : la Cour de cassation rouvre la voie à une indemnisation des victimes », *RDSS* 2014, p. 319 s.

PEIS-HITIER M.-P., « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, chron. p. 865 s.

PENA M., « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *RRJ* 1992, p. 499 s.

PENNEAU J., « L'infraction d'omission de porter secours appliquée au médecin », *D.* 1999, p. 384 s.

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

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6 s.

PIGNARRE G., « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 2005, p. 1290 s.

PIN X.,

- « La vulnérabilité en matière pénale », in Frédérique Cohet-Coredy (dir.), *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 119 s.
- « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC* 2003, p. 259 s.

- « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, p. 49 s.
- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 s.
- « L'irresponsabilité pénale. Réflexions sur le sens des art. 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal, in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 51 s.
- « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 586 s.
- « Retour sur le consentement de la victime », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 95 s.

POPU H., TRICOIT J.-Ph., « Le partage des cendres », *Defrénois*, 2004, p. 410.

PRADEL J.,

- « Les innovations du nouveau Code pénal », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 27 s.
- « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, chron. n° 36, p. 2907 s.
- « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, p. 2456 s.
- « La Parque assistée par le Droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades en fin de vie », *D.* 2005, chron. p. 2106 s.
- « Le droit pénal médical : d'où vient-il et où va-t-il ? », in P. MISTRETTA (dir.), *Le droit français à l'aune du droit comparé : pour un droit pénal médical rénové ? Actes du colloque des 13 et 14 avril 2017, Lyon 3, LGDJ*, 2017, p. 213 s.

PRIEUR S., « De la légalité d'une autopsie pratiquée sans le consentement de la famille du défunt », *JCP G* 2000, n° 40, II 10396, note sous arrêt.

PROTHAIS A.,

- « Les juges correctionnels saisis de la prévention de tromperie ne peuvent sans ajouter à cette prévention retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts et susceptibles de poursuites séparées », *D.* 1995, jurispr. p. 85 s.
- « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP G* 1997, n° 42, I 4055.
- « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *D.* 1998, chron. p. 334 s.
- « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, n° 15, I 129.
- « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC* 2000, p. 39 s.
- « Non-lieu dans l'affaire du sang contaminé », *D.* 2003, p. 164 s.
- « Accompagnement de la fin de vie et droit pénal », *JCP G* 2004, n° 18, doct. 130.
- « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », *D.* 2006, chron. p. 1068 s.
- « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », *D.* 2001, p. 2053 s.
- « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G* 2011, n° 18, doct. 536.

- « Justice pour Vincent Humbert. Lettre ouverte à sa mère sur l'état réel de notre droit pénal en matière d'euthanasie ou de fin de vie », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 619 s.

PUIGELIER C.,

- « L'homicide involontaire d'un fœtus », *Droit pénal*, octobre 1997, chron. n° 22.
- « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges offerts à Jean Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 473 s.
- « Depuis Louis XIV. À propos du statut juridique de l'embryon et du fœtus », in *Mélanges offerts à Bernard Bouloc*, « Les droits et le droit », Dalloz, 2007, p. 923 s.
- « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2013, p. 2781 s.

PY B.,

- « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 69 s.
- « Le médecin et l'agonie », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 271 s.
- « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », dossier : La responsabilité médicale, *AJ pénal* 2012, p. 384 s.
- « La dimension exonératrice des causes d'irresponsabilité pénale », in M. DANTI-JUAN (dir.), *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale médicale*, Cujas, 2013.
- « Pratiques médicales et fin de vie : aspect pénal », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, Cujas, 2014, p. 57 s.

QUESNE A., « La prostitution depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, sous l'angle du droit des contrats », *LPA* 16 février 2017, n° 34, p. 7 s.

RAMOND CH., « Sur quelques problèmes posés par la conception mécaniste du corps humain au XVII^{ème} siècle », in J.-Ch. Goddard (dir.) *Le corps*, Vrin, 2005, p. 169.

RAOUL-CORMEIL G.,

- « Clonage reproductif et filiation : la chaîne des interdits » n° 4 *JCP G* 2008, n° 13, doct. 128.
- « Biomédecine et maîtrise du corps humain », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 117 s.

RASSAT M.-L.,

- « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, chron. n° 12.
- « Un fœtus ne peut toujours pas être la victime d'un homicide par imprudence », *JCP G*, 9 octobre 2002, n° 41, II 10155.
- « Aucune des qualifications retenues par le juge d'instruction ou proposées par le Parquet n'est susceptible d'être appliquée aux faits relatifs à "l'Affaire du sang contaminé" », *JCP G* 2003, II 10121 ; M. Véron, « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », *Droit pénal*, septembre 2003, comm. n° 97.

RATEAU M., « Les peines capitales et corporelles en France sous l'Ancien Régime », in *Annales internationales de criminologie*, 1963, p. 276 s.

RAYMOND G., « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.*, avril 1993, n° 113, p. 7.

REBUT D., « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », *D.* 2004, jurispr. p. 1620 s.

RENAUT M.-H., « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006, p. 293 s.

RENNEVILLE M., « Les deux figures du crime en déraison », dossier : Irresponsabilité pénale des malades mentaux : état des lieux, *AJ Pénal* 2004, p. 309 s.

REVEL Th., « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD. civ.* 2017, p. 587 s.

RICOEUR P., « Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain », in J.-F. RAYMOND (dir.), *Les enjeux des droits de l'homme*, Larousse, 1988, p. 235 s.

RINGEL F. et PUTMAN E., « Après la mort... », *Dalloz* 1991, chron. p. 241 s

ROBERT A.-G., « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 647 s.

ROBERT J.-H., « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, p. 269-284.

ROETS D., « Réprimer pénalement les interventions biotechniques à visée transhumaniste ? », in X. LABBÉE (dir.) *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 132 s.

ROMAN D.,

- « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, chron. p. 1508 s.

- « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », *RDSS* 2007, p. 810 s.

- « Libre disposition de son corps et protection de la santé », in J.-M. LARRALDE, *La libre disposition de son corps*, Actes du colloque de Caen des 16 et 17 octobre 2008, Bruylant, 2009, p. 198 s.

ROME F., « Dégâts des os... », *D.* 2009, p. 1401 s.

ROUBIER P., « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. 224.

ROUJOU DE BOUBÉE G., VIGNEAU D., « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008, p. 1862 s., note sous arrêt.

ROUQUIE S., « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *LPA* 13 mai 1998, n° 57, p. 12 s.

ROUSSEAU D., « L'État de Droit est-il un État de valeurs particulières ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 885 s.

ROUSSEAU F.,

- « Lumières sur la complicité des délits d'imprudence », *JCP G* 2000, n° 41, 1067, note sous arrêt.

- « La personnalité juridique », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 56 s.

ROUX S., « Le statut du corps dans la philosophie Platonicienne », in J.-Ch. Goddard (dir.) *Le corps*, Vrin, 2005, p. 11 s.

ROYER G., « Absence de restitution des organes aux proches après autopsie », note sous Cass. crim. 3 février 2010, *AJ Pénal* 2010, p. 250 s.

RUBELLIN-DEVICHI D., « Le droit et l'interruption de grossesse », *LPA* 7 juin 1996, n° 69, p. 19 s.

ROZES L., « L'infraction consommée », *RSC* 1975, p. 603 s.

SAENKO L., « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *D.* 2016, p. 587, note sous arrêt.

SAINT-JAMES V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p. 61 s.

SAINT-PAU J.-Ch.,

- « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Droit pénal*, septembre 2011, étude n° 20.

- « Les causalités dans la théorie de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 679 s.

- « Qualification de droits subjectifs », in J.- CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 227 s.

- « Le droit au respect de la vie privée », in J.- CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 674 s.

SAINTE-ROSE J., « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine », *JCP G* 2004, n° 52, doct. 194.

SAINTE-ROSE J., RASSAT M.-L. et SARGOS P., « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », note sous Cass. ass. plén. 29 juin 2001, *JCP G* 2001, n° 29, II 10569.

SALVAGE Ph.,

- « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699 s.

- « Les soins obligatoires en matière pénale », *JCP G* 1997, n° 45, I 4062.

- « Le sursis d'épreuve avec injonction de soins », *Droit pénal*, janvier 2009, n° 1, étude n° 2.

SAUJOT C., « Inaliénabilité reconnue aux collections muséales : le recours à la procédure de déclassement doit être respectée », *JCP A* 2008, p. 38 s.

SAVATIER J.,

- « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.H* 1939, chron. n° 49.

- « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 8 s.

SELÇUK S., « L'objet de l'infraction et l'escroquerie de ce point de vue », *RSC* 1993, p. 739 s.

SENN F., « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, Tome I, p. 53 s.

SERIAUX A.,

- « La procréation artificielle sans artifices », *D.* 1988, chron. p. 201 s.

- « La notion juridique de patrimoine. Brève notations civilistes sur le verbe avoir, *RTD civ.* 1994, p. 801 s.

SEUVIC J.-F., « Variations sur l'humain comme valeur sociale pénalement protégée », in *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 339 s.

SERVERIN E., « Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée, *D.* 1997, p. 557 s., note sous arrêt.

SOULARD Ch., « Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 189 s.

SPITERI P., « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 498 s.

SPOONER L., « Nos vices ne sont pas des crimes. Une revendication de liberté morale », in *Nos vices ne sont pas des crimes*, trad. par M. Corvin et J. Carlier, Les Belles Lettres, 1996.

STARCK L., « Les usages politiques de la mort », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 305 s.

SUDRE F.,

- « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 363 s.

- « Les aléas de la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges L.-E. Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 687 s.

- « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH*, Bruylant, 2005, p. 11 s.

- « Droit de la Convention européenne de droits de l'homme » *JCP G* 2006, n° 5, doct. 109, spé. n° 10.

TAISNE J.-J., « La vie humaine protégée hors du droit des personnes », *LPA* 5 septembre 2002, n° 243, p. 25 s.

TAGLIONE C., « Insémination *post mortem* : le droit du concubin à la restitution des gamètes », *LPA* 24 décembre 1997, n° 154, p. 28 s.

THIERRY J.-B.,

- « Quelle place pour la bioéthique en droit pénal ? », *RGDM* 2005, n° 17, p. 167 s.
- « La légistique de l'euthanasie », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 321 s.
- « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 11 s.

THOUVENIN D.,

- « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1990, comm. législ. p. 149 s.
- « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 25 s.
- « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », *D.* 2005, p. 116 s.
- « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois "bioéthiques" », *Champ psychosomatique*, 2009/3, n° 55, p. 39 s.
- « L'arrêt de traitement qui mettrait fin à la vie d'une très jeune enfant : un bébé n'est pas un adulte en réduction », *RDSS* 2017, p. 698 s., note sous arrêt.

TOURAME P., « Quelle liberté pour la mère porteuse ? », dossier : Autour de la gestation pour autrui, *Les Cahiers de la justice*, 2016, n° 2, p. 275 s.

TOUZEIL-DIVINA M. et BOUTEILLE-BRIGAN M., « Du cadavre : autopsie d'un statut », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGAN et J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Tome II, LGDJ, 2014.

TRIMARCO MARCIALI A., « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 1^{er} mai 2009, n°3, p. 743 s.

TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2009, p. 3 s.

TZITZIS S.,

- « La personne humaine, entre l'être et l'avoir en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 833 s.
- « De la capacité de comprendre l'homme au pouvoir de normer les faits », *Journal International de Bioéthique*, 2015/2, Vol. 26, p. 15 s., spéc. p. 16.

VAN GYSEGHEM J.-M., « L'euthanasie et la fin de vie en Belgique », in P. MISTRETTA (dir.), *Le droit français à l'aune du droit comparé : pour un droit pénal médical rénové ?* Actes du colloque des 13 et 14 avril 2017, Lyon 3, LGDJ, 2017, p. 197 s.

VARAUT J.-M., « Le nouveau Code pénal : un pas dans la bonne direction », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 4^{ème} trimestre 1994, n° 18, p. 97 s.

VARNEROT V., « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », *LPA* 2 décembre 2004, n° 241, p. 6 s.

VAUTHIER J.-P., « L'atteinte à la vie tolérée et le droit criminel », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 356 s.

VERBAERE C., « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999, p. 685 s.

VERON M.

- « Ethique biomédicale, empreintes génétiques et sanction pénale. Présentation des lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *Droit pénal*, novembre 1994, chron. n° 65.

- « Ethique biomédicale, empreintes génétiques et sanction pénale. Présentation des lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 (suite) », *Droit pénal*, décembre 1994, chron. n° 65.

- « Du constat de la mort et du constat de la vie », *Droit pénal*, mars 1997, chron. n° 7.

- « La protection est maintenue après la mort », note sous Cass. crim. 20 octobre 1998, *Droit pénal*, février 1999, comm. n° 18.

- « Pas de violence, pas d'agression », note sous Cass. crim. 17 mars 1999, *Droit pénal*, juillet 1999, comm. n° 96.

- « Pas d'homicide tant qu'il n'y a pas de mort », note sous Cass. crim. 4 novembre 1999, *Droit pénal*, avril 2000, comm. n° 43.

- « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », note sous Cass. crim. 30 juin 1999, *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3.

- « La mort du fœtus », note sous CA Reims 3 février 2000, *Droit pénal*, mai 2000, comm. n° 54.

- « Abus du médecin traitant », note sous Cass. crim. 12 janvier 2000, *Droit pénal*, juin 2000, comm. n° 69.

- « Extension aux atteintes sexuelles », note sous Cass. crim. 12 janvier 2000, *Droit pénal*, juin 2000, comm. n° 71.

- « Les détrousseurs de cadavres », note sous Cass. crim. 25 octobre 2000, *Droit pénal*, février 2001, comm. n° 15.

- « Vol. Les détrousseurs de cadavres », note sous Cass. crim. 25 octobre 2000 *Droit pénal*, février 2001, comm. 18.

- « La stérilisation non consentie », note sous Cass. crim. 6 février 2001, *Droit pénal*, juin 2001, comm. n° 73.

- « La valse-hésitation ou le consentement incertain », note sous Cass. crim. 20 juin 2001, *Droit pénal*, janvier 2002, comm. n° 2.

- « L'enfant en train de naître », note sous Cass. crim. 25 juin 2002, *Droit pénal*, septembre 2002, comm. n° 93.

- « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », note sous Cass. crim. 18 juin 2003, *Droit pénal*, septembre 2003, comm. n° 97.

- « Privation de « toute » chance de survie », note sous Cass. crim. 1^{er} avril 2003, *Droit pénal*, octobre 2003, comm. n° 110.

- « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Droit pénal*, novembre 2004, chron. n° 16.

- « Les limites de la responsabilité médicale », note sous Cass. crim. 22 mars 2005, *Droit pénal*, juillet 2005, comm. n° 103.
- « La transmission volontaire du virus VIH », note sous Cass. crim. 10 janvier 2006, *Droit pénal*, mars 2006, comm. n° 30.
- « Le malaise de l'automobiliste », note sous Cass. crim. 15 novembre 2005, *Droit pénal*, mars 2006, comm. n° 32.
- « La nécessaire nudité », Cass. crim. 4 janvier 2006, *Droit pénal*, mars 2006, comm. n° 33.
- « La preuve de l'*animus necandi* », note sous Cass. crim. 23 août 2006, *Droit pénal*, décembre 2006, comm. n° 151.
- « Les différents aspects de la poursuite et de la répression », note sous Cass. crim. 10 janvier 2007, *Droit pénal*, mai 2007, comm. n° 68.
- « Blessures involontaires. La perte de chance de faire une carrière de pianiste », *Droit pénal*, septembre 2007, comm. n° 114.
- « L'expérimentation sans consentement préalable », note sous Cass. crim. 24 février 2009, *Droit pénal*, mai 2009, comm. n° 59.
- « Expérimentations sur la personne humaine. La responsabilité du gynécologue et/ou celle de l'interne qui l'assiste », *Droit pénal*, mai 2009, comm. n° 60.
- « La responsabilité au sein d'une équipe médicale », note sous Cass. crim. 16 janvier 2007, *Droit pénal*, mai 2011, comm. n° 49.
- « La faute de l'employeur efface la faute du salarié », *Droit pénal*, janvier 2015, comm. n° 5.

VIALLA F.,

- « Responsabilité : refus transfusionnel », *D.* 2007, note sous arrêt p. 1848 s.
- « La France peut-elle avoir légalisé l'euthanasie ? », in B. PY (dir.), *La mort et le droit*, Actes du colloque sur la mort et le droit tenu à Nancy le 7 juillet 2009, PU de Nancy, 2010, p. 389 s.
- « Art mineur et soins esthétiques, un danger majeur à fleur de peau », *Revue Droit et santé*, n° 37, 2010, p. 429 s.
- « Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même », *D.* 2015, p. 1625 s.

VIGNEAU D.,

- « “Dessine-moi” un embryon », », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 62 s.
- « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? (À propos de CA Reims, ch. corr., 3 fév. 2000) », *Droit de la famille*, novembre 2000, chron. n° 21.
- « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! (À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002), *Droit de la famille*, novembre 2002, chron. n° 25.
- « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », *D* 2014, p. 1856 s., note sous arrêt.

WOLTING P., « L'analyse Nietzschéenne du corps », in J.-Ch. Goddard (dir.) *Le corps*, Vrin, 2005, p. 169 s.

ZABALZA A., « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in J.-CH. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 1 s.

ZENATI-CASTAING F., « Pour une rénovation d'une théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 s.

VI. Rapports, propositions de lois, études et avis

A. Rapports et propositions de lois

ANDRE M., MILON A., et DE RICHEMONT H., Rapport d'information du Sénat n° 421 du 25 juin 2008 sur la maternité pour autrui.

BERGE M., Assemblée nationale, Rapport n° 1334 du 22 novembre 1974 fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1297 relatif à l'interruption volontaire de la grossesse.

BOYER V., Assemblée nationale, Proposition de loi n° 2706 du 8 avril 2015 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse.

CLAEYS A., LEONETTI. J., Assemblée nationale, Proposition de loi n° 2152 du 21 janvier 2015 créant de nouveaux droits en faveur des personnes en fin de vie.

GIRAUD F.,

- Rapport d'information du Sénat n° 128 fait au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique, Sénat, n°128, 15 janvier 2003.

- Assemblée nationale, Proposition de loi constitutionnelle n° 1354 du 12 septembre 2013 visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain.

- Assemblée nationale, Proposition de loi n° 4227 du 16 novembre 2016 visant à élargir le recours au diagnostic préimplantatoire.

RICHERT P., Rapport n° 177 fait au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, sur la proposition de loi de M. About autorisant la restitution par la France de la dépouille de Saartje Baartman à l'Afrique du Sud, session ordinaire de 2001-2002.

VALLS M., Assemblée nationale, Rapport n° 2065 du 10 novembre 2009 fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi relative au droit de finir sa vie dans la dignité.

B. Etudes

- CE, Etude du 25 mars 1988, « Sciences de la vie : de l'éthique au droit ».

- CE, Etude du 25 novembre 1999, « Les lois de bioéthique : 5 ans après », La Documentation française, décembre 1999.

- CE, Etude du 25 mars 2010, relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Ass. plén., 25 mars 2010.

C. Avis

- CCNE, Avis n° 1 du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport.
- CCNE, Avis n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques.
- CCNE, Avis n° 12 du 7 novembre 1988 sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale. Rapport.
- CCNE, Avis n° 110 du 1^{er} avril 2010, Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui.
- CCNE, Avis n° 112 du 21 octobre 2010, « Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules souches d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro ».
- CCNE, Avis n° 121 du 13 juin 2013, Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir.
- CCNE, Avis n° 107 du 15 octobre 2015 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI).
- CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP).

INDEX DE JURISPRUDENCE

Introduction

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 (*Alma mater*) ; Y. CHARTIER, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.* 1991, p. 417 s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », *D.* 1992, p. 59 s.

Cass. ass. plén. 29 juin 2001, *Bull. civ.* n° 8, pourvoi n° 99-85.973 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, « Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos ! » *LPA* 14 juin 2002, n° 119, p. 4 s. ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, p. 2907 s. ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, II 10569, 29.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s. ; M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, chron. n° 12. ; M.

VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3.

Cass. crim. 25 juin 2002, *Bull. crim.* n° 144, pourvoi n° 00-81.359 ; M. VÉRON, « L'enfant en train de naître », *Droit pénal*, septembre 2002, comm. n° 93 ; D. VIGNEAU, « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! (À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002) », *Droit de la famille*, novembre 2002, chron. n° 25.

Cass. Crim. 18 juin 2003, n° 02-85.199 ; V. MALABAT ET J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Droit pénal*, février 2004, chron. n° 2 ; Y. MAYAUD, « Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », *RSC* 2003, p. 781 s., spéc. p. 781 ; M.-L. RASSAT, « Aucune des qualifications retenues par le juge d'instruction ou proposées par le Parquet n'est susceptible d'être appliquée aux faits relatifs à "l'Affaire du sang contaminé" », *JCP G* 2003, II 10121 ; M. VÉRON, « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », *Droit pénal*, septembre 2003, comm. n° 97.

Cass. crim. 7 janvier 2014, n° 11-87.456 ; J. PEIGNE, « Affaire de l'hormone de croissance : la Cour de cassation rouvre

la voie à une indemnisation des victimes », *RDSS* 2014, p. 319 s.

Juridictions du fond

CA Paris 5 mai 2011, *JurisData* n° 2011-010201 ; P. MISTRETTA, « L'affaire de

l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP G* 2011, n° 37, 965, note sous arrêt.

Partie 1 : Le corps dévoyé par le droit pénal

Titre 1 : Le corps méconnu par le droit pénal

Chapitre 1 : Le corps, présomption de valeur sociale protégée

Section 1 : Le corps, valeur sociale incidente

§1 : *La prééminence de la personne humaine dans l'incrimination*

§2 : *La fusion du corps et de la personne humaine*

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France*, J.-P. MARGUÉNAUD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2004, p. 799 s. ; F. MASSIAS, « Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naître ? », *RSC* 2005, p. 135 s. ; J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, p. 2456 s.

Cour de Justice de l'Union européenne

CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle/Greenpeace* B. DE MALHERBE, J.-CH. GALLOUX, « L'arrêt Brüstle : de la régulation du marché à l'expression des valeurs », *Propriété industrielle*, 2012, n° 9, p. 7 s.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 1994, DC n° 94-343-344, *JO* du 29 juillet 1994 ; *D.* 1995, p. 237 s., note B. MATHIEU ; B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron. n° 205, p. 205 s.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, n° 29, II 10569 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, chron. n° 36, p. 2907 s.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. Crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s. ; M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, n° 4, p. 4 s.; M.

VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. 2^{ème} ch. civ., 22 février 1995, n° 9218.731 ; *JCP G* 1996, II 22570, note Y. DAGORNE-LABBÉ.

Section 2 : Le corps, valeur sociale apparente

§1 : Le droit saisi par le corps

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 1994, DC n° 94-343-344, *JO* du 29 juillet 1994 ; *D.* 1995, p. 237 s., note B. MATHIEU ; B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron. n° 205, p. 205 s.

concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », *D.* 1992, p. 59 s.

Juridictions du fond

Tribunal de Créteil, 1^{er} août 1984 ; *JCP G* 1984, II 20321, obs. S. CORONE.

Tribunal de Toulouse, 25 mars 1991 ; *JCP G* 1992, II 20807, obs. PH. PEDROT.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 (*Alma mater*) ; Y. CHARTIER, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.* 1991, p. 417 s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à

CAA Nancy, 15 juin 2017, *JurisData* n° 2017-12183 ; J.-R. BINET, « Pas d'assistance médicale à la procréation pour un homme ayant subi une vasectomie », *Droit de la famille*, septembre 2017, comm. n° 195.

§2 : Le corps saisi par le droit

Chapitre 2 : Le corps, support de valeurs sociales protégées

Section 1 : Le corps révélé par la personne humaine

§1 : Le corps inapte aux fonctions des valeurs sociales protégées

Conseil constitutionnel

Cons. Const., n° 2012-240 du 4 mai 2012, QPC, JO du 5 mai 2012.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 29 juin 2001, *Bull. civ.* n° 8, n° 99-85.973 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, « Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos ! » *LPA*, 14 juin 2002, n° 119, p. 4 s. ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, p. 2907 s. ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, II 10569, 29.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 19 décembre 1863 ; *Droit pénal*, mai 1863, p. 402 ; J.-P. VALAT, *J.-Cl.Pénal Code*, art. 222-7 à 222-16-3, fascicule 10 : Violences, juin 2017, n° 17.

Cass. crim. 21 mars 1868 ; *Droit pénal*, janvier 1869, p. 262 ; J.-P. VALAT, *J.-Cl.Pénal Code*, art. 222-7 à 222-16-3, fascicule 10 : Violences, juin 2017, n° 17.

Cass. crim. 26 juin 1930, *Bull. crim.* n° 190.

Cass. crim. 22 janvier 1948, *Bull. crim.* n° 26.

Cass. crim. 15 décembre 1949, *Bull. crim.* n° 350.

Cass. crim., 3 mars 1960, (*Ben Haddadi*) *Bull. crim.* n° 138 ; ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 107ème édition, 2016 ; *RSC* 1961, p. 105 s., obs. LEGAL ; *D.* 1960, somm. p. 75

Cass. crim. 7 avril 1967, n° 90-742.66 ; *D.* 1967, jurispr. p. 601 s. ; Cass. crim. 1er mars 1989, n° 88-84.552.

Cass. Crim. 1er mars 1989, n° 88-84.552.

Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s. ; M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, chron. n° 12. ; M. VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3.

Cass. crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359 ; M. VÉRON, « L'enfant en train de naître », *Droit pénal*, septembre 2002, comm. n° 93 ; D. VIGNEAU, « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! (À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002) », *Droit de la famille*, novembre 2002, chron. n° 25.

§2 : *Le corps, vecteur des valeurs sociales protégées attachées à la personne*

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 22 novembre 1995, n° 20166/92,
C.R c/ Royaume-Uni et S.W. c/ Royaume-Uni (à propos du viol entre époux) : « la dignité, comme la liberté, est de l'essence même de la Convention »
- CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95,
Christine Goodwin c/ Royaume-Uni.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 27 juillet 1994, DC n° 94-343-344, *JO* du 29 juillet 1994 ; *D.* 1995, p. 237 s., note B. MATHIEU ; B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron. n° 205, p. 205 s.
- Cons. const., 19 janvier 1995, n° 94-359, *JO* du 21 janvier 1995.
- Cons. const. 19 novembre 2009, n° 2009-593, *JO* du 25 novembre 2009.
- Cons. Const. n° 2010-35 du 16 septembre 2010, QPC, *JO* du 16 septembre 2010.

Section 2 : Le corps, révélateur de l'atteinte aux valeurs sociales protégées

Cour de cassation – Chambre criminelle

- Cass. crim. 13 décembre 1956, n° 55-05.772 (*Laboube*) ; *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN.

§1 : *Le corps, indicateur de la matérialité de l'infraction*

Cour de cassation – Chambre criminelle

- Cass. crim. 17 décembre 1874, *Bull. crim.* n° 309 ; *S.* 1875, I, p. 385, note VILLEY.
- Cass. crim. 8 mars 1912, *Bull. crim.* n° 138.
- Cass. crim. 5 février 1958, *Bull. crim.* n° 126.
- Cass. crim. 18 décembre 1962, *Bull. crim.* n° 375 ; *D.* 1963, jurispr. p. 189 ; *Gaz. Pal.* 1963, jurispr. p. 267.
- Cass. crim. 20 août 1983, n° 83-926.16.

- Cass. crim. 24 juin 1987, n° 86-96.712 ; *RSC* 1988, p. 302, obs. G. LEVASSEUR.
- Cass. crim. 9 décembre 1993, n° 93-81.044 ; E. MALBRANCQ, « La pénétration d'un bâton dans l'anus d'un jeune garçon est-elle constitutive du crime de viol ? », *D.* 1995, somm. p. 138.
- Cass. crim. 27 avril 1994, n° 94-80.547.
- Cass. crim. 6 décembre 1995, n° 95-84.881 ; Y. MAYAUD, « Du caractère sexuel

du viol : vers un critère finaliste ? », *RSC* 1996, p. 374 s.

Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016. A. MAZON, « C'est la prostituée qui fait le proxénète », *Droit pénal*, février 1990, chron. n° 1.

Cass. crim. 21 février 2007, n° 06-89.543 ; Y. MAYAUD, « Retour sur la définition du viol », *RSC* 2007, p. 301 s.

Cass. crim. 7 septembre 2016, n° 15-83.287 ; V. MALABAT, « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », *AJ pénal* 2016, p. 529 s.

§2 : Le corps, indicateur de l'élément moral de l'infraction

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 5 février 1957, *Bull. crim.* n° 110.

Cass. crim. 3 janvier 1958, *Bull. crim.* n° 3.

Cass. crim. 19 avril 1972, n° 71-92.208.

Cass. crim. 29 novembre 1972, n° 72-90.309 ; *RSC* 1973, p. 408 s., obs G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 24 juillet 1974 ; *Gaz. Pal.* 1974, n° 2, somm. p. 289.

Cass. crim. 15 mars 1977, n° 75-91.220 ; *JCP G*, 1979, II 19148, note B. BONJEAN.

Cass. crim. 9 janvier 1990, n° 89-85.889 *RSC* 1990, p. 337 s, obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 13 novembre 1990 ; *RSC* 1991, p. 345 s, obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 18 juin 1991, n° 91-82.033 ; M. VÉRON, *Droit pénal*, novembre 1991, comm. n° 277 ; *RSC* 1992, p. 73 s., obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 3 octobre 1991, n° 90-87.530 ; M. VÉRON, *Droit pénal*, mars 1992, comm. n° 57 ; *RSC* 1992, p. 748 s., obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 3 octobre 1991, n° 90-84.747 ; *RSC* 1992, p. 749 s., obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 6 janvier 1993, n° 92-83316 ; *RSC* 1993, p. 773 s. obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 25 mai 1994, n° 93-85.158 et n° 93-85.205 ; B. BOULOC, « L'intention en matière délictuelle », *RSC* 1995, p. 97 s. (2nd arrêt).

Cass. crim. 2 octobre 1996, n° 95-85992 ; Y. MAYAUD, « Principes de qualification en cas de violences mortelles », *RSC* 1997, p. 108 s.

Cass. crim. 11 septembre 2001, n° 00-85.473.

Cass. crim. 12 novembre 2014, n° 13-85.860 ; M. VÉRON, « La faute de l'employeur efface la faute du salarié », *Droit pénal*, janvier 2015, comm. n° 5.

Titre II : Le corps malmené par le droit pénal

Chapitre 1 : Le droit pénal inadapté au corps personifié

Section 1 : Les faiblesses du droit pénal de la bioéthique

§1 : Les incohérences formelles dans les incriminations relatives à la bioéthique

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 17 septembre 2003, n° 03-81.147 ;

L. MINIATO, « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », *D.* 2004, p. 1416 s., note sous arrêt.

§2 : Les incohérences substantielles dans les incriminations relatives à l'éthique

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 12 juin 1958, *Bull. crim.* n° 457

Cass. crim. 10 février 1965, *Bull. crim.* 1944 ; *RSC* 1965, p. 871, obs. LEGAL.

Section 2 : L'étroitesse du droit pénal de la personne humaine

§ 1 : L'utilisation des éléments et produits du corps dans la commission de l'infraction

Cour de Justice de la République

CJR, 9 mars 1999, n° 99-001.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 8 juin 1993, *Bull. crim.* n° 3, *RSC* 1993, p. 774 s., obs. G. LEVASSEUR.

Cass. Crim. 22 juin 1994, n° 93-83900 ; Y. MAYAUD, « L'empoisonnement, une logique de mort », *RSC* 1995, p. 347 s. ; PROTHAIS, « Les juges correctionnels saisis de la prévention de tromperie ne peuvent sans ajouter à cette prévention retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts et susceptibles de poursuites séparées », *D.* 1995, jurispr. p. 85 s. ; *JCP G* 1994, II 22310, note M.-L. RASSAT.

Cass. crim. 2 juillet 1998, n° 98-805.29 ; Y. MAYAUD, « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* », *RSC* 1999, p. 98 s. ; PROTHAIS, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », *D.* 2001, p. 2053 s., spéc. p. 2053.

Cass. Crim. 18 juin 2003, n° 02-85.199 ; V. MALABAT ET J.-CH. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Droit pénal*, février 2004, chron. n° 2 ; Y. MAYAUD, « Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », *RSC* 2003, p. 781 s., spéc. p. 781 ; M.-L. RASSAT, « Aucune des qualifications retenues par le juge d'instruction ou proposées par le Parquet n'est susceptible d'être

appliquée aux faits relatifs à ‘l’Affaire du sang contaminé’ », *JCP G* 2003, II 10121 ; M. VÉRON, « Affaire du sang contaminé : le volet « non ministériel » », *Droit pénal*, septembre 2003, comm. n° 97.

Cass. crim. 10 janvier 2006, n° 05-80.787 ; Y. MAYAUD, « L’obligation d’informer de sa séropositivité en cas de relations sexuelles non protégées, ou du relais pénal de l’administration de substances nuisibles », *RSC* 2006, p. 321 s.

Cass. crim. 5 octobre 2010, n° 09-86.209.

Cass. crim. 7 janvier 2014, n° 11-87.456 ; J. PEIGNE, « Affaire de l’hormone de croissance : la Cour de cassation rouvre la voie à une indemnisation des victimes », *RDSS* 2014, p. 31.

Juridictions du fond

CA Paris 13 juillet 1993, JurisData n° 1993-022383.

CA Rouen 22 septembre 1999, JurisData n° 1999-107526 ; PROTHAIS, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », *D.* 2001, p. 2053 s.

Ch. inst. Paris, 4 juillet 2002 ; PROTHAIS, « Non-lieu dans l’affaire du sang contaminé », *D.* 2003, p. 164 s.

CA Colmar 4 janvier 2005, JurisData n° 2005-259491 ; P. MISTRETTA, « Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal », *RDSS* 2005, p. 415 s., note sous arrêt.

CA Paris 5 mai 2011, JurisData n° 2011-010201 ; P. MISTRETTA, « L’affaire de l’hormone de croissance : l’impuissance du droit pénal », *JCP G* 2011, n° 37, 965, note sous arrêt.

Cour Ass. Paris 28 Octobre 2011.

Cour Ass. Aix-en-Provence 2 octobre 2014.

Cour Ass. Nîmes 8 décembre 2016.

§ 2 : L’influence de l’autonomie personnelle dans la commission de l’infraction

Cour européenne des droits de l’Homme

CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*.

CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France*.

CEDH 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert et autres c/ France* ; F. VIALLA, « Nous savons qu’il faut mourir, et qui sait si ce n’est pas aujourd’hui même », *D.* 2015, p. 1625 s.

CEDH 21 juillet 2016, n° 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c/ France*.

CEDH 19 janvier 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ France*.

CEDH 24 janvier 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 juin 2017, DC QPC n° 2017-632, *JO* du 4 juin 2017.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; Y. CHARTIER, « L’illicéité de l’adoption plénière de l’enfant d’une

“mère porteuse” », *D.* 1991, p. 417 s. ;
F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Nullité de
la convention par laquelle une femme
s’engage à concevoir et à porter un
enfant pour l’abandonner à la
naissance », *D.* 1992, p. 59 s.

Cass. ass. plén. 3 juillet 2015, n° 14-21.323
et 15-50.002.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 23 octobre 1996 n° 95-85.585.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 2011, n° 10-19.053.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597
(4 arrêts) ; A. DIONISI-PEYRUSSE,
« Gestation pour autrui : l’acte de naissance
n’a pas à être transcrit en ce qu’il désigne la
mère d’intention mais l’adoption par le
parent d’intention peut être envisagée ! »,
AJ Famille 2017, p. 482 s.

Conseil d’Etat

CE, 24 juin 2014, n° 375081, n° 375090
et n° 375091, (*Mme Lambert et
autres*) ; D. VIGNEAU, « L’affaire
Vincent Lambert et le Conseil d’État »,
D. 2014, p. 1856 s.

CE, 19 juillet 2017, n°s 402472 et 403377,
(*M. C... F... et autres ; M. I... F...*) ; P.
MISTRETTA, « Affaire Vincent L. :
retour à la case départ », *JCP G* 2017,
n° 36, 898.

Juridictions du fond

CA Rouen 15 juin 1982.

Trib. corr. Boulogne-sur-Mer 27 février
2006.

Cour ass. de la Dordogne, 15 mars 2007

TA Châlons-en-Champagne 11 mai 2013,
JurisData n° 2013-009426 ; J.-R.
BINET, « Bioéthique : arrêt de
traitement en fin de vie », *Droit de la
famille*, septembre 2013, comm. n° 114.

Trib. corr. Blois, 22 mars 2016, JurisData n°
2016-006174.

CAA Nancy, 16 juin 2016, Jursidata n°
2016-01163.

Chapitre 2 : Le droit pénal inadapté au corps dépersonnalisé

Section 1 : La négligence du corps en formation

§ 1 : Les lacunes du statut de l’embryon

Cour européenne des droits de l’Homme

CEDH, 27 août 2015, n° 46470/11, *Parillo
c/ Italie* ; G. LOISEAU, « L’embryon in
vitro aux prises avec les droits de
l’homme » *JCP G* 2015, n° 44, 1187.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 29 juillet 1994, n° 94-343/344,
JO du 29 juillet 1994.

Cons. const. 1^{er} août 2013, DC n° 2013-674,
JO du 7 août 2013.

Cons. const. 21 janvier 2016, DC n° 2015-727, *JO* du 27 janvier 2016.

Juridictions du fond

TA Amiens, 9 mars 2004 ; X. LABBÉE, « La valeur de l'embryon congelé », *D.* 2004, jurispr. p. 1051 s. ; R. LE GOFF, « Responsabilité d'un hôpital du fait de

la destruction d'embryons », *AJDA* 2006, p. 442 s.

CAA Douai, 6 décembre 2005, *JurisData* n° 2005-291858 ; J. HAUSER, « La valeur de l'embryon congelé (suite) », *RTD civ.* 2006, p. 87.

§ 2 : *L'absence de statut du fœtus*

Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH 8 juillet 2004, n° 53924/00, *VO c/ France* ; P. MURAT, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, octobre 2004, comm. n° 194.

CEDH 11 octobre 2016, n° 81277/12, *Sayan c/ Turquie*.

Conseil constitutionnel

Cons. Const., 15 janvier 1975, DC n° 74-54, *JO* du 16 janvier 1975.

Cons. const. 31 juillet 2014, DC n° 2014-700, *JO* du 5 août 2014.

Cons. const. 16 mars 2017, DC n° 2017-747, *JO* du 21 mars 2017.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G*, 2001, n° 29, II 10569 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant

conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, chron. n° 36, p. 2907 s.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. Crim 23 mai 1995, n° 94-811.41 ; Droit pénal, octobre 1995, comm. n° 220 obs. M. VERON.

Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 95-85.118.

Cass. crim. 5 mai 1997 (deux arrêts), n° 96-81.889 et n° 96-81462 ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 269, chron. p. 179.

Cass. Crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s. ; M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, chron. n° 12 ; M. VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3.

Cass. Crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359 ; M.-L. RASSAT, « Un fœtus ne peut toujours pas être la victime d'un homicide par imprudence », *JCP G*, 9

octobre 2002, n° 41, II 10155 ; M. VÉRON, « L'enfant en train de naître », *Droit pénal*, septembre 2002, n° 9, comm. n° 93 ; D. VIGNEAU, « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! (À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002) », *Droit de la famille*, novembre 2002, n° 11, chron. n° 25.

Cass. Crim. 27 juin 2006, n° 05-83.767.

Juridictions du fond

CA Lyon, 13 mars 1997, JurisData 1997-040144 ; E. SERVERIN, « Vie et mort du

fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », *D.* 1997, p. 557 s., note sous arrêt ; C. PUIGELIER, « L'homicide involontaire d'un fœtus », *Droit pénal*, octobre 1997, chron. n° 22.

CA Metz 3 septembre 1998.

CA Reims 3 février 2000, JurisData n° 2000-114337 ; J.-Y. CHEVALLIER, « Homicide involontaire d'un enfant à naître à la suite d'un accident de la circulation », *D.* 2000, p. 873 s.

Trib. corr. Tarbes, 6 février 2014.

CA Pau 5 février 2015, JurisData n° 2015-004496.

Section 2 : Le négligence du corps en décomposition

§ 1 : La dignité, fondement inapproprié de l'atteinte à l'intégrité du cadavre

Cour européenne des droits de l'Homme

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

CEDH, 14 juin 2007, n° 71111/01, *Hachette Filipacchi associés c/France* ; *RTD civ.* 2007, p. 732, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 1994, DC n° 94-343-344, *JO* n° du 29 juillet 1994.

Cons. const., 19 novembre 2009, DC n° 2009-593, *JO* du 25 novembre 2009.

Cons. const., DC QPC n° 2010-35 du 16 septembre 2010, *JO* du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 21 octobre 1980, n° 80-901.46

Cass. crim. 10 janvier 1995 ; *D.* 1995, IR p. 173.

Cass. crim. 20 octobre 1998, n° 97-846.21 ; *D.* 1999 p. 106 s., note B. BEIGNIER ; *JCP G* 1999, II 10 044 note G. LOISEAU.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. civ. 1^{ère} 14 décembre 1999, n° 97-15.756 ; B. BEIGNIER, « La vie privée, un droit des vivants », *D.* 2000, p. 372 s.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2000, n° 98-13.875 ; J.-P. GRIDEL, « Est attentatoire à la dignité de la personne la publication de la photographie d'un préfet assassiné

», *D.* 2001, chron. p. 885 s., et p. 1990 s., obs A. LEPAGE.
Cass. civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° 03-13.260 ; *D.* 2004, p. 2088.
Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.479 ; P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010, p. 2044 s., note sous arrêt ; G. LOISEAU, « La protection posthume de la personnalité », *JCP G* 2010, n° 39, 942.
Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n° 09-67.456 (*Our Body*) ; G. LOISEAU, « De respectables cadavres, les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p. 2750.

Conseil d'Etat

CE ass. 27 octobre 1995, n° 1362727, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; *RFDA* 1995, p. 878 s.

Juridictions du fond

Trib. civ. Orange, 30 décembre 1887.

TA Versailles 2^e ch., 25 février 1992, *Société Fun Productions, M. Wackenheim c. Commune de Morsang-sur-Orge* ; J.-F. FLAUSS, « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1992, p. 1026 s., note sous arrêt.

CA Paris, 24 février 1998, *JurisData* n° 1998-021265 ; *D.* 1998, p. 225 s., note B. BEIGNIER.

§ 2 : Les disparités dans la répression des atteintes au cadavre

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 30 août 1877, *Bull. crim.* n° 212.
Cass. crim. 10 janvier 1902, *Bull. crim.* n° 19.
Cass. crim. 6 août 1945 ; *D.* 1946, somm. p. 3.
Cass. Crim. 13 janvier 1955, *Bull. crim.* n° 37 ; *JCP G* 1955, II 8560, note PAGEAUD.
Cass. crim. 13 juillet 1965, *Bull. crim.* n° 175.
Cass. Crim. 30 octobre 1973, n° 73-92.083.
Cass. Crim. 16 janvier 1986, n° 85-95.461 ; *RSC* 1986, p. 839 s., note G. LEVASSEUR ; *RSC* 1986, p. 849 s., note A. VITU.
Cass. crim. 8 mars 2000, n° 99-85.403.

Cass. Crim. 25 octobre 2000, n° 00-82.152 ; P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », *JCP G* 2001, n° 28, II 10566, note sous arrêt ; M. VERON, « Les détrousseurs de cadavres », *Droit pénal*, février 2001, comm. n° 15, note sous arrêt.

Cass. crim. 10 février 2016, n° 15-87.211.

Cass. crim. 1^{er} mars 2017, n° 16-81.378 ; J.-M. BRIGAN, « Diffusion de photographies de la tuerie de Chevaline : relaxes et irrecevabilité », *JCP G* 2017, n° 17, 470.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n°06-16.498 et 06-16.500.

Conseil d'Etat

CE, 2 juillet 1993, n° 124.960, *Milhaud* ; G. LEBRETON, « Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993, *Milhaud*) », *D.* 1994, chron. p. 352 s.

Juridictions du fond

CA Paris, 9 novembre 1951, *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 236.
Trib. corr. Fort de France, 22 septembre 1967

Partie 2 : Le corps renouvelé par le droit pénal

Titre I : Le corps personnifié

Chapitre 1 : Le renforcement de la répression des atteintes non consenties

Section 1 : L'harmonisation des atteintes à la personne commises après la naissance

§1 : Le maintien du droit pénal commun

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 2 avril 1997, n° 96-82.024.
Cass. crim. 24 février 2009, n° 08-84.436 ; P. MISTRETTA, « Recherche biomédicale non consentie : le sursaut du droit pénal », *JCP G* 2009, note n° 13.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. req. 28 janvier 1942, *D. C.* 1942.

Conseil d'Etat

CE 26 octobre 2001, n° 198546 (*Senanayake*). D. CHAUVAUX, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA* 2002, p. 146 s.
CE 16 août 2002, n° 249552 ; P. MISTRETTA, « Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate ! », *JCP G* 2002, n° 48, II 1018

§2 : Le dépassement du droit pénal commun

Section 2 : La pénalisation des atteintes à la personne commises avant la naissance

§1 : La qualification d'autrui attribuée au fœtus

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. Crim. 7 août 1874, bull.crim n°224 (Marie Bohart) ; S. 1875 I p. 41.

Cass. civ. 1^{ère} 6 février 2008, n° 06-16.498 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, D. VIGNEAU, « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008, p. 1862 s.

Juridictions du fond

CA Bordeaux, 8 février 1830.

CA Douai, 2 juin 1987, JurisData n° 1987-604336 ; *RSC* 1989, p. 319 et p. 740 obs. G. LEVASSEUR

CA Lyon, 13 mars 1997 ; E. Serverin, « Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », *D.* 1997, p. 557 s. ; C. Puigelier, « L'homicide involontaire d'un fœtus », *Droit pénal*, octobre 1997, chron. n° 22.

CA Reims 3 février 2000, JurisData n° 2000-114337 ; J.-Y. CHEVALLIER, « Homicide involontaire d'un enfant à naître à la suite d'un accident de la circulation », *D.* 2000, p. 873 s.

§2 : Les infractions commises à l'encontre du fœtus

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 27 juin 2017, n° 39793/17, *Charles Gard et a.c c/ Royaume-Uni*.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 17 novembre 2000 n° 99-13701 ; *JCP G* 2000, II 10 438, act. p. 2267, note F. TERRE

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 29 novembre 1972, n° 72-90.309 ; *RSC* 1973, p. 408 s, obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 8 juin 1993 ; *RSC* 1993, obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351.

Cass. crim. 19 avril 2000, n° 99-87.234 ; Y. MAYAUD, « De la conduite à 200 km/h : une mise en danger sous condition », *D.* 2000 p. 631.

Cass. crim. 6 juin 2000, n° 99-85.937 ; F. ROUSSEAU, « Lumières sur la complicité des délits d'imprudence », *JCP G* 2000, n° 41, n° 1067.

Cass. crim. 20 février 2002, n° 01-86. ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Rappel utile à propos de l'élément matériel du délit », *AJ pénal* 2016, p. 264 s.

Cass. crim. 7 novembre 2004, n° 04-82.214

Cass. crim. 18 septembre 2007, n° 06-89.496 ; *JCP G* 2007, n° 42, act. n° 478.

Conseil d'Etat

CE, 8 mars 2017, n° 408146 (*Assistance Publique – Hôpitaux de Marseille*).

CE, 5 janvier 2018, n° 416689 ; X. BIOY, *AJDA* janvier 2018, p. 518.

Juridictions du fond

CA Douai, 2 juin 1987, JurisData n° 1987-604336 ; *RSC* 1989, p. 319 et p. 740 obs. G. LEVASSEUR.

Trib. corr. Le Puy-en-Velay 14 mars 1995 ; *Gaz. Pal.*, 1995, somm. n° 326.

TGI Roanne 27 juin 1995, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, note BENNEAU.

CA Paris, 15 février 1996 ; *Gaz. Pal.* Février 1996, 1, chron. p. 128, note J.-P. DOUCET.

CA Reims, 3 février 2000, JurisData n° 2000-114337 ; *JCP G* 2000, II 10406, note FAURE.

Chapitre 2 : Le renforcement de la justification des atteintes consenties

Section 1 : L'ambivalence de la disposition de soi en droit pénal

§1. L'interdiction controversée de la libre disposition de soi

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 22 novembre 1995, n° 20166/92, *C.R c/ Royaume-Uni* et *S.W. c/ Royaume-Uni*.

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

CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 1994, DC n° 94-343-344, *JO* du 29 juillet 1994.

Cons. const. 19 novembre 2009, n° 2009-593, *JO* du 25 novembre 2009.

Conseil d'Etat

CE ass. 22 janvier 1988 ; *RFDA* 1988 p. 102.

CE ass. 27 octobre 1995, n° 1362727, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; *RFDA* 1995, p. 878 s.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 (*Alma mater*) ; Y. CHARTIER, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.* 1991, p. 417 s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », *D.* 1992, p. 59.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 27 avril 1815.

Cass. crim. 16 novembre 1827.

Cass. crim. 22 juin 1837.

Cass. crim. 23 juin 1838, *Bull. crim.* n° 177.
Cass. crim. 1^{er} juillet 1937 ; *RSC* 1937 p. 680, note MAGNOL ; X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance

d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 s.

Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016 ; *RSC* 1996, p. 853 s., obs. Y. MAYAUD.

§2. *Les manifestations extensives d'une libre disposition de soi*

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 29 avril 2002 n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; C. GIRAULT, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, n° 15, II 10062 ; *RSC* 2002, p. 645 s., obs. F. MASSIAS.

CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 11 décembre 1992, n° 91-

123.73 et 91-119.00 ; *JCP G* 1993, II 21991, note MÉMETEAU.

Cass. ass. plén. 13 décembre 2003, n° 00-137.87.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 5 août 1997, n° 96-84.532.

Cour de cassation – Autre chambres

Cass. civ. 2^{ème} 4 novembre 2010, n° 09-659.47.

Cass. civ. 1^{ère} 5 février 2014, n° 12-29.140.

Juridictions du fond

CA Poitiers 3 mai 1974 ; *Gaz. Pal.* 1974, 2, jurispr. p. 784.

TA Marseille, 8 février 2017, n° 1608830 ; *AJDA* 2017, p. 322 s., note D. POUPEAU.

Section 2 : L'affirmation de la disposition de soi en droit pénal

§1 : *L'échec de l'autonomie personnelle comme élément constitutif de l'infraction*

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*.

CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

CEDH 24 février 1998, n° 21439/93, *Botta c/ Italie*.

CEDH 31 juillet 2001, n° 35765/97, *A.D.T c/ Royaume-Uni*.

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

CEDH 24 juillet 2003, n° 46133/99 et 48183/99, *Smirnova c/ Russie*.

CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* § 84.

CEDH 2 décembre 2014, n° 61960/08, *Emel Boraz c/ Turquie*.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 20 janvier 1981, DC n° 80-127, *JO* du 22 janvier 1981.

Cons. const. 25 janvier 1985, DC n° 85-187, *JO* du 26 janvier 1985.

Cons. const. 13 mars 2003, DC n° 2003-467, *JO* du 19 mars 2003.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass.Ass. Plén. 29 octobre 2004, n° 03-

11.238 ; *JCP G* 2005, II 10011, note F. CHABAS.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1999, n° 96-11.946 ; *JCP G* 1999, II 10083, note BILLIAU et G. LOISEAU.

Conseil d'Etat

CE, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Ass. plén., 25 mars 2010.

Juridictions du fond

TGI Aix-en-Provence, 24 novembre 1988.

CA Aix-en-Provence 21 mai 1991, *Bull. inf.* n° 331.

§2 : *L'extension de l'autonomie personnelle comme élément justificatif de l'infraction*

Cour européenne des droits de l'homme

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

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

CEDH 11 septembre 2007, n° 37194/02, *V.T. c/ France*.

CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*.

CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France*.

CEDH 16 juillet 2016, n° 90/6314, *Foulon et Bouvet c/ France*.

CEDH 24 janvier 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

Cour de cassation – Autre chambre

Cass. com. 28 février 1967, *Bull civ.* n° 4 (1^{er} arrêt).

Conseil d'Etat

CE 4 mai 1979, n° 09337.

CE 5 novembre 1980, n° 13222.

Titre II : Le corps réifié

Chapitre 1 : La qualification juridique du corps réifié

Section 1 : Le bien, une chose appropriée

§ 1 : Le relation du propriétaire à son bien

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. Crim. 20 janvier 1981, n° 80-90.252 ;
JCPG 1981, II 19673.

§ 2 : Les caractéristiques de la circulation du bien

Cour de cassation - Chambre criminelle

Cass. crim. 14 mars 1878, *Bull. crim.* n° 69 ;
D. 1878, 1, p. 397.

Cass. crim. 5 février 1898 ; *Dalloz* 1900, p.
29.

Cass. crim. 27 janvier 1922 ; *Dalloz* 1923,
p. 9 s., obs. A. HENRY.

Cass. crim. 22 janvier 1957, *Bull. crim.* n°
68.

Cass. crim. 27 avril 1966 ; *D.* 1966, jurispr.
p. 489. D. AUGER.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1973, n° 71-11.419 ;
JCP G 1973, II 17420.

Cass. crim. 19 juin 1975 ; *RSC* 1976 p. 124
obs. BOUZAT.

Cass. crim. 31 mai 1978, *RSC* 1979, p. 337,
obs. P. BOUZAT.

Cass. crim. 5 novembre 1985, n° 85-94.640

Cass. crim. 29 avril 1986, n° 84-96.281
(*Herbreteau*) ; *JCP G* 1987, II 20788,
note H. CROZE.

Cass. crim. 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815
(*Antonielli*) ; *RSC* 1989, p. 346, obs. P.
BOUZAT.

Cass. crim. 19 janvier 1994 ; *Droit pénal*
mai 1994, comm. n° 109.

Cass crim 14 novembre 2000, n° 99-84.522
; B. DE LAMY, « Abus de confiance et
bien incorporel : dématérialisation ou
défiguration du délit ? », *D.* 2001, p.
1423 ; *RSC* 2002, p. 108, obs. R.
OTTENHOF.

Cass crim. 14 novembre 2000, n° 99-84522

Cass. crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349 ; M.
DAURY-FAUVEAU, « Recel de vol :
notion de chose abandonnée et élément
moral du recel », *JCP G* 2005, n° 47, II
10162.

Cass. crim. 4 mars 2008, n° 07-84.002, V.
MALABAT, « Vol de fichiers
informatiques (Art. 311-1 CP) : les
supports changent, les interrogations
demeurent », *RPDP* 2008, p. 880.

Cass. crim. 12 mai 2015, n° 13-87.668 ; *AJ*
Pénal 2015, p. 369 s., obs. G.

BEAUSSONIE ; J. CASEY, « Le cas du coïndivisaire voleur de la chose indivise... », *AJ famille* 2015, p. 406.

Cass. crim. 15 décembre 2015, n° 14-84.906 ; S. FOURNIER, « vol : exclusion des objets abandonnés », *RPDP* 2016, p. 115 ; G. BEAUSSONIE, « Vers un retour du “bon juge” en droit pénal ? À propos de l’absence de sanction d’une soustraction de produits périmés », *D.* 2016, p. 644 ; *AJ Pénal* 2016, p. 270, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Cass. crim. 16 décembre 2015, n° 14-83.140, L. SAENKO, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *D.* 2007, p. 587.

Cass. Crim. 3 février 2016, n° 14-83427 : Ph. Comte, *Droit pénal*, mai 2016, comm. 72.

Cass. crim. 28 septembre 2016, n° 15-84.485 ; J. GALLOIS, « Escroquerie : un moyen frauduleux peut désormais provoquer la remise d’un immeuble construit », *Dalloz actualité*, 20 septembre 2016.

Cass. crim. 22 mars 2017, n° 15-85.929 ; G. BEAUSSONIE, « Précisions sur l’abus de confiance portant sur la clientèle d’autrui », *AJ pénal* 2017, p. 232 s., ;

PH. CONTE, *Droit pénal*, mai 2017, comm. n° 70.

Cour de cassation – Autres chambres

Cass. req. 2 janvier 1894 : « les tombeaux sont en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété et la libre disposition des biens et ne peuvent être considérés comme ayant une valeur appréciable en argent » ; S. 1894, I, p. 315 ; *Gaz. Pal.* 1894, I, jurispr. p. 201.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1972 ; *D.* 1972, p. 513 s., note R. LINDON.

Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1995, n° 93-187.69 ; *D.* 1995, somm. p. 330, obs. Grimaldi.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, n° 97-13.910 ; G. LOISEAU, « L’hypertrophie de la notion de chose hors du commerce », *JCP G* 1999, 1 191.

Juridictions du fond

Trib. corr. Toulouse, 5 octobre 2004 ; *D.* 2005, p. 243.

CA Paris, 21 décembre 1887 ; *Gaz. Trib.* 22 décembre 1887

CA Paris, 26 avril 1990, *JurisData* n° 04-2270 ; *Droit pénal*, décembre 1990, comm. n° 322, obs. M. VERON.

Section 2 : Le corps réifié, un bien humain

§1 : Le corps réifié, objet de droits

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 10 avril 2007, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni* ; D. ROMAN,

« L’assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l’Homme ? », *RDSS* 2007, p. 810 s. ; J.-

P. MARGUÉNAUD, « La triste fin des embryons in vitro du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », *RTD civ.* 2007, p. 295 s.

CEDH, *Parillo c/ Italie*, 27 août 2015, n° 46470/11, § 215.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 16 mai 2012, DC QPC n° 2012-249, *JO* du 17 mai 2012.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 25 octobre 2000, n° 00-82.152 ; P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », note sous Cass. crim. 25 octobre 2000, *JCP G*, juillet 2001, n° 28, II 10566 ; M. VERON, « Les détrousseurs de cadavres », note sous Cass. crim. 25 octobre 2000, *Droit pénal*, février 2001, comm. n° 15.

Cour de cassation – Autres chambres

Cass. civ. 2^{ème}, 17 juillet 1991, n° 90-14.441 ; *JCP G* 1991, n° 42, IV 366.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, ° 06-16.498 et n° 06-16.500 ; *D.* 2008, p. 483 note P. GUIOMARD ; G. LOISEAU « L'établissement d'un acte d'enfant sans vue n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G* 2008 II 10045.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n° 09-67.456 ; G. LOISEAU, « De respectables cadavres, les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p. 2750.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2014, n° 13619.729 ; G. LOISEAU, « Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le

jusnaturalisme de la Cour de cassation », *JCP G* 2014, n° 46-47, 1170.

Conseil d'Etat

CE. 4 mai 2011, n° 34-2640, *société Cryo save France* ; CH. BYK, *JCPG* 2012, n°25, doct. 751.

CE, 31 mai 2016, n° 39-6848 ; J.-R. BINET, « Insémination post-mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, décembre 2016, étude n° 15.

Juridictions du fond

CA Bordeaux, 24 février 1890 (*Consorts Rodrigues c/ Consistoire israelite de Bordeaux*), *D.* 1891 II p. 211.

TGI Avignon réf., 24 septembre 1985 ; PH. BERTIN, « un doigt de droit, deux doigts de bon sens... », *Gaz. Pal.* 1986, chron. P. 96s.

TGI Toulouse, 16 juillet 1992 ; *JCP G* 1991, II 21965, note X. LABBÉE

TGI Créteil, 4 avril 1995 ; C. TAGLIONE, « insémination post mortem : le droit du concubin à la restitution des gamètes », *LPA*, 24 décembre 1997, n° 154, p. 28 s.

CA Rouen, 23 octobre 1996, *JurisData* n°04-7735.

TGI Lille, 5 décembre 1996 ; X. LABBÉE, « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.* 1997, p. 376 s.

TGI Lille, 10 novembre 2004, *JurisData* n° 03-02059 ; X. LABBÉE, « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *D.* 2005, p. 930 s.

TGI Paris, ch. réf., 21 avril 2009 ; *AJDA* 2009, p 797 s.

TGI Lille, 6 janvier 2011, JurisData n° 2011-000487 ; X. LABBÉE, « Les “choses sacrées” existent de nouveau en droit », *JCP G*, 2011, n° 5, 104.

CA Paris, 8 février 1990 ; *D.* 1990 IR p 60. Dans le même sens, voir CA Rouen, 23 octobre 1996, JurisData n° 047735.

TA Rouen, 27 décembre 2007, *JCPG* 2008, II 10-041, note C. SAUJOT.

CA Bourges, 20 mars 2008, JurisData n° 2008-375213 ; *JCP G* 2009, IV 1934.

CA Paris, 28 janvier 2009, n° 07/06322 ; F. ROME, « Dégâts des os... », *D.* 2009, p. 1401 s.

CA Paris 30 avril 2009, JurisData n° 2009-002649 ; J. HAUSER, « La mort en ce jardin ! », *RTD civ.* 2009, p. 501 s. ; C. LE DOUARON, « Interdiction de l'exposition “Our body, à corps ouvert” », *D.* 2009 p. 2009 s. ; G. LOISEAU, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G* 2009, n° 25, act. 12.

TGI Grasse, ord. 21 novembre 2016.

§2 : L'humanité du corps réifié

Juridictions du fond

Trib. corr. Nice, 22 décembre 1952 ; *D.* 1953, jurisp. P. 139.

Chapitre 2 : Le droit pénal des biens humains

Section 1 : Les atteintes aux éléments et produits du corps humain

§1 : Les éléments et produits voués à une finalité médicale

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G*, 2001, n° 29, II 10569 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, chron. n° 36, p. 2907 s

Cour de cassation - Chambre criminelle

Cass. crim. 16 mars 1923 bull ; *D.* 1924, IR 136.

Cass. crim. 29 décembre 1927, *Bull. crim.* n° 335.

Cass. crim. 17 octobre 1947 ; *JCP G* 1947, IV 206.

Cass. crim. 17 juin 1948 ; *JCP G* 1948, IV 114.

Cass. crim. 14 mai 1957, *Bull crim.* n° 403.

Cass. crim. 23 décembre 1963, n° 63-91.295.

Cass. crim. 23 décembre 1963, n° 63-91.295.

Cass. crim. 27 avril 1966, *D.* 1966, jurisp. p. 489

Cass. crim. 2 décembre 1971, *Bull. crim.* n° 337

Cass. crim. 5 novembre 1985, n° 85-94.640.

Cass. crim. 8 février 1995, *Bull. crim.* n° 61 ; *D.* 1995, p. 87.

Cass. crim. 22 janvier 1997 ; *Droit pénal*, juin 1997, comm. n° 78, obs. M. VERON.

Cass. crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; Y. MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813 s. ; M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Droit pénal*, avril 2000, chron. n° 12 ; M. VERON, « L'atteinte à la vie d'un enfant à naître », *Droit pénal*, janvier 2000, comm. n° 3.

Cass. crim. 18 octobre 2000, n°00-80.628 ; *RSC* 2001, p. 384, note R. OTTENHOF.

Cass. crim. 25 octobre 2000, n° 00-82.152 ; P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur, et le droit pénal », note sous Cass. crim. 25 octobre 2000, *JCP G*, juillet 2001, n° 28, II 10566 ; M. VERON, « Les détrousseurs de cadavres », note sous Cass. crim. 25 octobre 2000, *Droit pénal*, février 2001, comm. n° 15.

Cass. crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359 ; M.-L. RASSAT, « Un fœtus ne peut toujours pas être la victime d'un homicide par imprudence », *JCP G*, 9 octobre 2002, n° 41, II 10155 ; M. VÉRON, « L'enfant en train de naître », *Droit pénal*,

septembre 2002, n° 9, comm. n° 93 ; D. VIGNEAU, « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! (À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2002) », *Droit de la famille*, novembre 2002, n° 11, chron. n° 25.

Cass. crim. 9 mars 2005, n° 03-87.371, *Droit pénal* 2005, comm. 107, obs. Véron ; V. MALABAT, « Vol. Jeter n'est pas abandonner ! », *RPDP* 2005, p. 977 s.

Cass. crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349 ; *D.* 2005, Pan. 2991, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Cour de cassation – Autres chambres

Cass. civ. 2^{ème}, 17 juillet 1991, n° 90-14.441 ; *JCP G* 1991, n° 42, IV 366.

Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; P. SARGOS, J. SAINTE-ROSE et M.-L. RASSAT, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G*, 2001, n° 29, II 10569 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, chron. n° 36, p. 2907 s.

Juridictions du fond

TA Amiens, 9 mars 2004 ; J. HAUSER, « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *RTD civ.* 2004, p. 482 s. ; R. LE GOFF, « Responsabilité d'un hôpital du fait de la destruction d'embryons », *AJDA* 2006, p. 442 s.

TA Amiens, 9 mars 2004 ; J. HAUSER, « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *RTD civ.* 2004, p. 482 s. ; R. LE GOFF, « Responsabilité d'un hôpital du fait de la destruction d'embryons », *AJDA* 2006, p. 442 s.

TGI Lille, 6 janvier 2011, JurisData n° 2011-000487 ; X. LABBÉE, « Les "choses sacrées" existent de nouveau en droit », *JCP G*, 2011, n° 5, 104.

TGI Avignon réf. 24 septembre 1985 ; PH. BERTIN, « Un doigt de droit, deux

doigts de bon sens... », *Gaz. Pal.* 1986, chron. p. 96.

Trib. corr. Nice, 22 décembre 1952 ; *D.* 1953, jurispr. p. 139.

Trib. corr. Auxerre, 14 janvier 1964 ; *Gaz. Pal.* 1964, 1, jurispr. p.185 (2^{ème} jugement).

Trib. corr. Avignon, 30 septembre 1965 ; *D.* 1966 somm. 11.

Trib. corr. Fontainebleau, 25 avril 1947 ; *D.* 1947 p. 312.

CA Bordeaux, 18 janvier 1995 ; *JCP G* 1995, IV 2359

§2 : *Les éléments et produits voués à destruction*

Section 2 : Les atteintes à la dépouille mortelle

§1 : *Le détournement du cadavre et des cendres*

Cour de cassation - Chambre criminelle

Cass. crim. 9 janvier 1997, n° 96-85.017.

Cass. crim. 9 octobre 2007, n° 06-86.126.

Cass. crim. 1^{er} mars 2017, n° 16-81.378 ; J.-M. BRIGAN, « Diffusion de photographies de la tuerie de Chevaline : relaxes et irrecevabilité », *JCP G* 2017, n° 17, 470.

Cass. 17 mai 1882 ; Sirey 1, 297.

Juridictions du fond

Trib. corr. Nice, 22 décembre 1952 ; *D.* 1953, jurispr. p. 139.

CA Limoges, 8 mai 1961, DP 1861 2 496.

§2 : *L'atteinte à l'intégrité du cadavre et des cendres*

Cour de cassation - Chambre criminelle

Cass. crim. 30 août 1877, *Bull. crim.* n° 212 ;

Cass. crim. 10 janvier 1902, *Bull. crim.* n° 19 ;

Cass. crim. 13 juillet 1965, *Bull. crim.* n° 175.

Cass. crim. 8 mars 2000, n° 99-85.403

Cass. crim. 10 février 2016, n° 15-87.211.

Cass. crim. 1^{er} mars 2017, n° 16-81.378 ; J.-M. BRIGAN, « Diffusion de photographies de la tuerie de Chevaline : relaxes et irrecevabilité », *JCP G* 2017, n° 17, 470.

Juridictions du fond

TGI Paris, 16 février 1970 ; Gaz. Pal. 1970,
2, p. 40.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Administration de substances nuisibles :

- Délit de contamination : 232, 352 s.

- SIDA : 222, 226.

Ame : 4 s.

Art : 8, 423, 440, 445.

Atteinte sexuelle : 156.

Autonomie personnelle : 223 s., 284, 294, 315, 328, 375, 378, 379, 387 s.

- B -

Biens :

- Biens humains : 495 s.

- Pouvoir de disposer : 473 s.

- Biens patrimoniaux : 531.

Bioéthique :

- Droit pénal de la bioéthique : 182 s, 329 s.

- Loi bioéthique : 90 s.

Bonnes mœurs : 238, 293, 296, 396, 403, 437, 443, 446 s.

- C -

Cadavre :

- Art : 506, 614, 583.

- Atteinte à l'intégrité : 298 s., 584 s.,

- Cession à titre onéreux : 583 s, 590.

- Chose : 295.
- Dépouille culturelle : 516 s., 580.
- Dignité : 287 s., 522 s.
- Fondement de la protection : 522 s.
- Propriété : 514 s.
- Recel : 295, 301, 306 s.
- Vol : 580, 590.

Cendres :

- Privatisation : 514.
- Atteinte à l'intégrité : 584 s.

Châtiments corporels : 7.

Choses :

- Dans le commerce : 478 s.
- Hors du commerce : 480, 484, 488 s., 524, 565.
- Commercialité limitée : 490 s., 565.
- Extra-commercialité absolue : 489 s., 558, 563, 565.

Clonage : 71, 83, 92, 155, 191, 203, 205 s., 269 s. 338 s.

Consentement :

- Absence de caractère justificatif : 397 s.
- Exclusif : 402, 440, 441, 447.
- Justificatif : 327, 414, 427, 441, 444 s.

Corps :

- Définition : 2 s.
- Substrat des valeurs sociales protégées : 126, 133.

- D -

Diagnostic :

- Préimplantatoire : 188, 337.
- Prénatal : 64, 92, 195, 259, 337.

Dignité :

- Cadavre : v. Dignité.
- Objective : 291 s.
- Subjective : 294 s., 433.

- E -

Éléments et produits du corps humain :

- Abus de confiance : 544, 556.
- Atteinte à l'intégrité : 557 s.
- Cellules souches : 70 s., 195, 259 s., 338, 503.
- Conventions : 502 s.
- Déchets anatomiques : 559 s.
- Don : 9, 72, 74, 81, 92, 408, 414, 508, 556.
- Escroquerie : 552.
- Propriété : 511 s.
- Vol : 546 s.

Embryon :

- Atteinte à l'intégrité : 557.
- Bien : 512.
- Cession : 502, 555.
- Éléments et produits : 504.
- Recel : 551 s.
- Recherches : 261 s.
- Réification : 263 s.
- Vol : 548 s.

Empoisonnement :

- délits de contamination : 14, 138, 145, 147 s., 154, 158, 217 s.
- sang contaminé : 14, 214, 219 s.

Éléments et produits :

- Biens : 502 s., 511 s.

Espèce humaine :

- Définition : 59.
- Clonage, eugénisme : v. Clonage, eugénisme.

Etre humain :

- Définition : 59 s.

Eugénisme : 334 s.

Expérimentation illégale : 346 s., 354.

- F -

Fin de vie : 246 s., 416 s., 449 s.

Fœtus :

- Administration de substances nuisibles : 371.
- Éléments et produits : 504.
- Empoisonnement : 371.
- Homicide : 271 s., 371.
- Viabilité : 363 s.
- Violences : 372.

- G -

Gestation pour autrui : 249 s., 453 s.

- H -

Humanité :

- Définition : 59.
- Valeur sociale : 129 s.

- I -

Interruption de grossesse :

- Entrave : 39, 284, 327, 349, 381, 383.

- Interruption médicale de grossesse : 380 s.
- Interruption illégale de grossesse : 39, 346 s.
- Interruption volontaire de grossesse : 36, 55, 88, 266, 277, 281 s.

Indisponibilité du corps humain : 391 s.

Infraction :

- Définition : 136.
- Concours réel : 117, 583.
- Élément matériel : 140 s.
- Élément moral : 159 s.
- Objet matériel : 125, 141, 170.
- Qualification : v. Qualification

Inviolabilité du corps humain : 323 s.

- N -

Nécessité médicale ou thérapeutique : 374, 413 s., 444 s.

- O -

Ordre public :

- Définition : 437 s.

- P -

Personne humaine

- Définition : 59 s.
- Valeurs sociales : 127 s.

Prélèvement d'organes, tissus et cellules : 374, 414,

Prostitution : 403, 459 s.

Prothèses bioniques : 238 s., 241.

- Q -

Qualification de l'infraction :

- Conflits : 117 s., 211 s., 344, 348, 550, 551, 555, 558.
- Corps (fonctions dans la qualification de l'infraction) : 109 s.
- Cumul : 117 s., 211 s., 349, 371, 551, 555, 558.
- Définition : 103, 136.

- R -

Résultat : 143 s.

- Matériel : 145 s., 151, 157.
- Juridique : 149, 151.

- S -

Sadomasochisme : 406, 422 s., 445 s.

Sport : 424 s.

- T -

Tatouage : 445.

Transhumanisme : 75 s., 233., 88.

- V -

Valeur sociale protégée :

- Définition et identification : 24 s., 33 s., 40 s.

Index alphabétique

- Fonctions : 105 s.

- Support : 121 s.

Vie privée :

- Définition : 430 s.

Viol : 156.

Violences : 152 s.

ANNEXE

PROPOSITION DE CODIFICATION DANS LE CODE PÉNAL

Cette annexe contient l'ensemble des propositions effectuées dans cette étude, telles qu'elles pourraient être codifiées au sein du Code pénal. Il a été choisi de ne pas se prononcer sur les peines encourues et il est considéré que la tentative de ces infractions est réprimée en cas de délit. Il est également laissé le soin au législateur de transférer ou non dans le Code de la santé publique, les dispositions relevant d'un droit pénal technique¹⁷⁹².

Livre II : Des crimes et délits contre les personnes.

Titre Ier : Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine

Sous-titre II : Des crimes contre l'espèce humaine

Chapitre Ier : Des crimes d'eugénisme et de clonage reproductif

Eugénisme

Ancien article 214-1 : 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 euros d'amende.

Nouvel article 214-1 :

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, sont punis de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende :

Le fait de mettre en œuvre une pratique contribuant à l'amélioration du génome humain, en favorisant la multiplication d'individus jugés génétiquement supérieurs, aux fins de modifier leur descendance.

Le fait de mettre en œuvre une pratique régulant la procréation humaine dans le but d'éliminer les caractères dysgénétiques d'individus jugés génétiquement supérieurs, aux fins de modifier leur descendance.

Clonage

Article 214-2 : (rédaction reprise à l'identique)

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 euros d'amende.

¹⁷⁹² Ces dispositions sont relatives aux infractions de non-respect des conditions légales ou réglementaires contenues dans le Code de la santé publique, à l'instar des autorisations de recherche.

Titre II : Des atteintes à la personne humaine

Chapitre Ier : Des atteintes à la vie de la personne

Section 1 : Des atteintes volontaires à la vie

Empoisonnement (Fin de vie)

Article 221-5 (modifié)

Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement.

L'empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis dans l'une des circonstances prévues aux articles 221-2, 221-3 et 221-4.

Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substance de nature à entraîner la mort sur sa demande et dans le but d'abréger ses souffrances physiques ou psychiques est puni de (...)

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article.

Chapitre II : Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne

Section 1 : Des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne

Prélèvement d'organes, tissus ou cellules sans le consentement de l'intéressé :

Proposition n° 1 :

Incrimination au titre des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne et abrogation des articles 511-3, 511-5 et 511-6 du Code pénal.

Proposition n° 2 :

Incrimination au titre des atteintes à la liberté corporelle et transfert des articles 511-3, 511-5 et 511-6 du Code pénal, voir nouvelle Section : Des atteintes à la liberté corporelle.

Expérimentation sans le consentement de l'intéressé :

Proposition n°1 :

Incrimination au titre des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne et abrogation de l'article 223-8 du Code pénal.

Proposition n° 2 :

Incrimination au titre des atteintes à l'intégrité corporelle et transfert de l'article 223-8 du Code pénal, voir nouvelle Section : Des atteintes à l'intégrité corporelle.

Délit de contamination

Nouvel article

Le fait d'exposer autrui à un risque de mort ou de maladie en administrant de manière délibérée une substance de nature à entraîner la mort ou à nuire à la santé, ou en n'adoptant pas les démarches et attitudes nécessaires pour préserver la santé d'autrui, sauf si les personnes exposées à la maladie y consentent, est puni de (...).

Chapitre IV : Des atteintes aux libertés de la personne

Section nouvelle : Des atteintes à la liberté corporelle de la personne

Expérimentation sans le consentement de l'intéressé (proposition n° 2).

Article 223-8 du Code pénal (rédaction reprise à l'identique)

Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le Code de la santé publique, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiquée alors que le consentement a été retiré.

Les mêmes peines sont applicables lorsqu'une recherche non interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'y est opposée.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectuée à des fins de recherche scientifique.

Prélèvements sans le consentement de l'intéressé (proposition n° 2).

Article 511-3 du Code pénal (rédaction reprise à l'identique)

Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique.

Article 511-5 du Code pénal (rédaction reprise à l'identique)

Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement dans les conditions prévues aux trois derniers alinéas de l'article L. 1241-1 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Le fait de prélever sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale des cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse, qu'elles soient recueillies par prélèvement osseux ou dans le sang périphérique, sans avoir respecté les conditions prévues, selon le cas, aux articles L. 1241-3 ou L. 1241-4 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Article 511-6 du Code pénal (rédaction reprise à l'identique)

Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée

Article 223-10 (rédaction reprise à l'identique)

L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

L'interruption illégale de grossesse

Transfert de l'article L. 2222-2 du CSP

L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes :

1° Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif médical ;

2° Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ou de sage-femme ;

3° Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi, ou en dehors du cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.

Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.

Transfert de l'article L. 2222-3 du CSP

Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

Transfert de l'article L. 2222-4 du CSP)

Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle. En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte.

La prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilée au délit susmentionné.

Entrave à l'interruption légale de grossesse

Transfert de l'article L. 2223-2 du CSP

Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse :

1° Soit en perturbant l'accès aux établissements mentionnés à l'article L. 2212-2, la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ou les conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux ;

2° Soit en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans les établissements mentionnés au même article L. 2212-2, des femmes venues recourir à une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières.

Transfert de l'article L. 2222-4 du CSP

Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle. En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte.

La prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilée au délit susmentionné.

Gestation pour autrui

Nouvel article

Toute convention à titre onéreux portant sur le corps d'autrui dans le but d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par le recours à une mère porteuse est punie de (...).

Toute convention passée en vue d'obtenir ou de tenter d'obtenir un enfant par le recours à une mère porteuse en violation des dispositions légales est puni de (...).

Si cette infraction est un délit : Lorsque les délits prévus par le présent article sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.

Prostitution

Article 611-1 (modifié)

*Le fait de solliciter ou de recevoir, y compris de façon occasionnelle, des relations sexuelles d'une personne qui se livre à la prostitution **hors des établissements spécialisés ou hors du domaine électronique réglementé**, en échange d'une rémunération ou de la promesse d'une rémunération **de quelque nature qu'elle soit**, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de (...).*

Livre III : Des crimes et délits contre les biens.

Nouveau Titre : Des crimes et délits contre les biens humains

Chapitre Ier : Des atteintes aux éléments et produits du corps humain

Section 1 : Les appropriations frauduleuses

Vol

Nouvel article

La soustraction frauduleuse d'éléments ou produits du corps humain, autres que les embryons, est punie de (...).

La soustraction frauduleuse d'embryons est punie de (...).

Escroquerie

Nouvel article

Le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice, ou au préjudice d'un tiers, à remettre des éléments ou produits du corps humain autres que les embryons et destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique est puni de (...).

Le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice, ou au préjudice d'un tiers, à remettre des embryons destinés à une finalité thérapeutique ou scientifique est puni de (...).

Section 2 : De la cession à titre onéreux

Transfert de l'article 511-2 (modifié)

Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni de (...) le fait d'obtenir ou de céder contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, des organes prélevés sur un cadavre.

Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps (« d'autrui » - abrogé).

*Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues **aux alinéas deux et trois** provient d'un pays étranger.*

Transfert de l'article 511-4 (modifié)

Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni de (...) le fait d'obtenir ou de céder contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, des tissus, cellules ou produits prélevés sur un cadavre.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps (« d'autrui » - abrogé).

Transfert de l'article 511-9 (rédaction reprise à l'identique)

Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons.

Transfert de l'article 511-15 (rédaction reprise à l'identique)

Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

Section 3 : De l'abus de confiance

Nouvel article

Le fait de détourner, au préjudice d'autrui, des éléments ou produits du corps humain destinés à une finalité scientifique ou thérapeutique qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé est puni de (...).

Le fait de détourner, au préjudice d'autrui, des embryons destinés à une finalité scientifique ou thérapeutique qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé est puni de (...).

Section 4 : De l'atteinte à l'intégrité des éléments et produits du corps humain

Atteinte volontaire à l'intégrité des éléments et produits du corps humain

L'atteinte volontaire à l'intégrité des éléments et produits du corps humain les rendant impropres à la finalité scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...)

L'atteinte volontaire à l'intégrité des embryons les rendant impropres à la finalité scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...)

Atteinte involontaire à l'intégrité des éléments et produits du corps humain

L'atteinte à l'intégrité des éléments et produits du corps humain dans les conditions prévues à l'article 121-3 du Code pénal, les rendant impropres à la finalité thérapeutique ou scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...).

L'atteinte à l'intégrité des embryons dans les conditions prévues à l'article 121-3 du Code pénal, les rendant impropres à la finalité thérapeutique ou scientifique à laquelle ils étaient destinés est punie de (...)

Chapitre II : Des atteintes au cadavre et aux cendres

Section 1 : Des appropriations frauduleuses

Nouvel article

La soustraction frauduleuse d'un cadavre ou des cendres d'une personne dont le corps a donné lieu à crémation est punie de (...).

Section 2 : De la cession à titre onéreux

Nouvel article

L'obtention ou la cession contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, du cadavre ou des cendres d'une personne dont le corps a fait l'objet d'une crémation est punie de (...).

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention ou la cession contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, d'un cadavre ou des cendres d'une personne dont le corps a fait l'objet d'une crémation.

Section 3 : Des atteintes à l'intégrité du cadavre et des cendres

Atteinte volontaire à l'intégrité du cadavre et des cendres

Article 225-17 (rédaction reprise à l'identique, suggestion d'une peine encourue plus élevée)

*Toute atteinte à l'intégrité du cadavre **ou des cendres**, par quelque moyen que ce soit, est punie de (...).*

La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie de (...).

*La peine est portée à (...) lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre **ou des cendres**.*

Atteinte involontaire à l'intégrité du cadavre et des cendres

Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues l'article 121-3 une atteinte involontaire à l'intégrité du cadavre et des cendres est punie de (...).

Livre IV : Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique

Titre III : Des atteintes à l'autorité de l'Etat

Chapitre IV : Des atteintes à l'action de la justice

Section 1 : Des entraves à la saisine de la justice

Recel d'éléments et produits du corps humain

Nouvel article

Le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre des éléments ou produits du corps humain autres que les embryons, ou de faire l'office d'intermédiaire afin de les transmettre, en sachant que ces éléments ou produits proviennent d'un crime ou d'un délit, est puni de (...).

Le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre des embryons, ou de faire l'office d'intermédiaire afin de les transmettre, en sachant que ces embryons proviennent d'un crime ou d'un délit, est puni de (...).

Recel de cadavre

Article 434-7 (modifié)

Le fait de receler le cadavre (« d'une personne victime d'un homicide ou décédées des suites de violences » - abrogé) ou les cendres d'une personne dont le corps a donné lieu à crémation dans le but d'entraver les recherches de la justice est puni de (...).

TABLES DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	5
SOMMAIRE	1
INTRODUCTION.....	1
§ 1 - L'objet de l'étude	2
A. La notion de corps	2
B. Les perceptions du corps	4
1) Le corps occulté par l'esprit	4
2) Les fonctions du corps.....	7
§ 2 - Champ de l'étude	12
A. L'appréhension diversifiée du corps humain par le droit	13
B. L'appréhension peu satisfaisante du corps humain par le droit pénal	17
C. La démarche adoptée.....	21
PARTIE 1 : LE CORPS DÉVOYÉ PAR LE DROIT PÉNAL.....	27
Titre I : Le corps méconnu par le droit pénal.....	29
Chapitre 1 : Le corps, présomption de valeur sociale protégée	31
Section 1 : Le corps, valeur sociale incidente	32
§ 1 - La prééminence de la personne humaine dans l'incrimination	33
A. L'identification des valeurs sociales protégées par l'incrimination	33
1) L'émergence difficile des valeurs sociales protégées.....	34
2) Les outils d'identification des valeurs sociales protégées	38
B. Le corps en filigrane dans l'incrimination.....	41
1) Le corps subsidiaire dans l'incrimination.....	41
2) Le corps dissimulé par la personne humaine.....	43
§ 2 - La fusion du corps et de la personne humaine	45
A. L'analyse juridique de la notion de personne humaine	46
1) Les incertitudes en droit international	47
2) La primauté du critère de la vie en droit interne.....	48

B.	L'analyse non juridique de la notion de personne humaine	51
1)	La personne humaine, être vivant et individualisé	52
2)	Le corps, réceptacle de la personne humaine	54
Section 2 :	Le corps, valeur sociale apparente.....	57
§ 1 -	Le droit saisi par le corps	58
A.	L'exploitation inéluctable du corps biologique	59
1)	Le corps au service de la collectivité.....	59
2)	Le corps au service de l'individualité.....	62
B.	La réglementation indispensable du corps biologique.....	64
1)	La rencontre entre le droit et l'éthique	64
2)	Les conséquences de la rencontre.....	67
§ 2 -	Le corps saisi par le droit	70
A.	Le corps biologique, valeur sociale sélectionnée par le législateur.....	71
B.	Le corps biologique, valeur sociale consacrée par le législateur.....	74
1)	L'intégration du corps humain dans le Code civil.....	75
2)	L'intégration du corps dans le Code pénal	77
Chapitre 2 :	Le corps, support de valeurs sociales protégées	83
Section 1 :	Le corps révélé par la personne humaine	84
§ 1 -	Le corps, inapte aux fonctions des valeurs sociales protégées.....	85
A.	La subsidiarité du corps dans la finalité de la loi pénale	86
1)	Le corps, outil de l'interprétation de la loi pénale	86
2)	Le corps, outil de qualification de l'infraction pénale.....	89
B.	L'inadaptation du corps aux fonctions des valeurs sociales protégées.....	92
1)	Les incohérences dans l'incrimination	92
2)	L'utilité limitée du corps dans les conflits de qualifications.....	96
§ 2 -	Le corps, vecteur des valeurs sociales protégées attachées à la personne.....	99
A.	Le corps, distingué des valeurs sociales protégées.....	100
1)	La distinction entre les valeurs sociales protégées et leur support	100
2)	Les fonctions du support des valeurs sociales protégées.....	103
B.	La personne, bénéficiaire des valeurs sociales protégées.....	105
1)	Les dimensions individuelle et collective de la personne humaine	105
2)	Le démembrement des valeurs sociales protégées	107
Section 2 :	Le corps, révélateur de l'atteinte aux valeurs sociales protégées	114
§ 1 -	Le corps, indicateur de la matérialité de l'infraction	118
A.	La référence au résultat dans la détermination de l'élément matériel de l'infraction	119

1) L'association du résultat matériel et du résultat juridique de l'infraction	120
2) La dissociation du résultat matériel et du résultat juridique de l'infraction	126
B. La référence au corps dans la détermination de l'élément matériel de l'infraction.	128
1) La lésion corporelle, témoin du résultat matériel concret.....	129
2) Le corps, témoin du résultat matériel abstrait.....	133
§ 2 - Le corps, indicateur de l'élément moral de l'infraction	135
A. L'influence de la lésion corporelle dans la preuve de l'intention délictueuse.....	138
1) L'intention conforme au résultat	139
2) L'intention présumée conforme au résultat	140
B. La subsidiarité de la lésion corporelle dans la preuve de l'intention délictueuse....	142
1) La preuve de l'intention, inhérente au comportement de l'auteur.....	143
2) La preuve de la non-intention, inhérente au comportement de l'auteur	145
Titre II : Le corps malmené par le droit pénal	153
Chapitre 1 : Le droit pénal inadapté au corps personnifié.....	155
Section 1 : Les faiblesses du droit pénal de la bioéthique	156
§ 1 - Les incohérences formelles dans les incriminations relatives à la bioéthique	157
A. Une organisation à clarifier	157
1) L'effervescence des incriminations	158
2) L'anarchie des incriminations	160
B. Une lisibilité à clarifier.....	162
1) La technique des incriminations par renvoi.....	162
2) La technique des doublons	163
§ 2 - Les incohérences substantielles dans les incriminations relatives à l'éthique	166
A. L'élaboration approximative du droit pénal de la bioéthique.....	167
1) Les définitions lacunaires des infractions.....	168
2) Les sanctions déconcertantes des infractions	169
B. L'opportunité contestable d'un droit pénal de la bioéthique	172
1) L'ascendance apparente de la bioéthique sur le droit pénal	173
2) L'ascendance trompeuse de la bioéthique sur le droit pénal commun	175
Section 2 : L'étroitesse du droit pénal de la personne humaine	180
§ 1 - L'utilisation des éléments et produits du corps dans la commission de l'infraction...	181
A. Les substances humaines, nouvel outil de commission de l'infraction	182
1) La contamination par un produit de nature humaine	183
2) La contamination par un produit d'origine humaine	185
B. Les substances humaines, causes d'inadaptation du droit pénal commun	187

1) Les difficultés inhérentes aux atteintes commises à l'aide du corps	187
2) Les insuffisances des incriminations de droit commun	190
§ 2 - L'influence de l'autonomie personnelle dans la commission de l'infraction.....	194
A. L'évolution de la personne humaine	195
1) La notion de personne humaine à reconsidérer	195
2) Le droit pénal de la personne à repenser	199
B. L'évolution des infractions.....	201
1) Les faiblesses du droit pénal face à la fin de vie	202
2) La défaillance du droit pénal face à la gestation pour autrui	208
Chapitre 2 : Le droit pénal inadapté au corps dépersonnalisé	215
Section 1 : La négligence du corps en formation	216
§ 1 - Les lacunes du statut de l'embryon.....	217
A. L'instrumentalisation de l'embryon	218
B. La réification de l'embryon	221
1) Le rejet de la personnification de l'embryon.....	221
2) L'admission de la réification de l'embryon.....	224
§ 2 - L'absence de statut du fœtus.....	228
A. Le rejet de la qualification de personne humaine	229
1) La prééminence des critères de la naissance et de la vie	230
2) La confusion de la personne juridique et de la personne humaine	232
B. La primauté de la liberté corporelle de la mère	234
1) L'interruption volontaire ou médicale de grossesse	235
2) Les incriminations relatives à l'interruption de grossesse	238
Section 2 : La négligence du corps en décomposition.....	240
§ 1 - La dignité, fondement inapproprié de l'atteinte à l'intégrité du cadavre	241
A. La subjectivisation de la dignité.....	242
1) La dignité, un droit objectif	243
2) La dignité, un droit subjectif.....	247
B. Le rejet de la personnification du corps en décomposition	248
§ 2 - Les disparités dans la répression des atteintes au cadavre	252
A. La matérialité extensive des atteintes au corps en décomposition	253
B. La matérialité restrictive des atteintes au corps en décomposition.....	256
1) La protection relative du cadavre de l'enfant mort-né.....	256
2) Les conditions restrictives de l'incrimination de recel de cadavre.....	258
PARTIE 2 : LE CORPS RENOUVELÉ PAR LE DROIT PÉNAL	267

Titre I : Le corps personnifié.....	269
Chapitre 1 : Le renforcement de la répression des atteintes non consenties	271
Section 1 : L'harmonisation des atteintes à la personne commises après la naissance	272
§ 1 - Le maintien du droit pénal commun	273
A. La répression des atteintes au corps personnifié	273
1) L'interdiction d'attenter au corps personnifié	274
2) L'interdiction absolue d'attenter au corps humain	275
B. La justification des atteintes au corps personnifié	276
§ 2 - Le dépassement du droit pénal commun	279
A. Les incriminations relatives à l'espèce humaine	280
1) Le rayonnement de l'incrimination d'eugénisme	281
2) Le regroupement des incriminations de clonage	286
B. Les incriminations relatives à la personne humaine	290
1) Les atteintes à la liberté corporelle et à l'intégrité physique	291
2) Les délits de contamination	300
Section 2 : La pénalisation des atteintes à la personne commises avant la naissance	305
§ 1 - La qualification d'autrui attribuée au fœtus	306
A. La distinction entre personne humaine et personnalité juridique	306
B. L'identification du fœtus viable à la personne humaine.....	308
1) L'application du critère de la viabilité.....	309
2) L'appréciation in concreto du critère de la viabilité.....	312
§ 2 - Les infractions commises à l'encontre du fœtus	314
A. Les infractions commises par les tiers	315
1) La constitution des infractions.....	315
2) La justification des infractions	320
B. Les infractions commises par la mère	321
1) Les atteintes commises hors activité médicale	321
2) L'interruption médicale de grossesse	324
Chapitre 2 : Le renforcement de la justification des atteintes consenties.....	337
Section 1 : L'ambivalence de la disposition de soi en droit pénal.....	340
§ 1 - L'interdiction controversée de la libre disposition de soi	341
A. L'indisponibilité protectrice des valeurs sociales protégées	342
1) Autrui, déclencheur de l'intervention du droit pénal.....	342
2) L'absence de caractère justificatif du consentement	347
B. La protection opprimante de l'individu contre lui-même.....	348
1) La remise en cause de l'indisponibilité de la norme pénale	349

2) L’immixtion contestable dans la sphère privée de l’individu.....	351
§ 2 - Les manifestations extensives d’une libre disposition de soi.....	357
A. Les atteintes autorisées par le législateur	358
1) Les actes à finalité médicale ou thérapeutique	358
2) La maîtrise de la fin de vie	361
B. Les atteintes tolérées par le législateur	367
1) L’expression de soi.....	367
2) Les performances sportives	370
Section 2 : L’affirmation de la disposition de soi en droit pénal.....	373
§ 1 - L’échec de l’autonomie personnelle comme élément constitutif de l’infraction	374
A. Le rayonnement de l’autonomie personnelle.....	375
1) La vie privée, fondement de l’autonomie personnelle.....	375
2) La vie privée, valeur sociale disponible	379
B. Les limites à l’autonomie personnelle	380
1) L’ordre public, limite à l’autonomie personnelle	381
2) L’intégrité physique et la vie, valeurs sociales indisponibles.....	385
§ 2 - L’extension de l’autonomie personnelle comme élément justificatif de l’infraction..	387
A. Le champ d’intervention du consentement justificatif	388
B. L’exploitation du consentement justificatif par le droit pénal.....	391
1) Le réajustement de la fin de vie.....	391
2) L’encadrement de la gestation pour autrui et de la prostitution	397
Titre II : Le corps réifié	417
Chapitre 1 : La qualification juridique du corps réifié	419
Section 1 : Le bien, une chose appropriée	420
§ 1 - La relation du propriétaire à son bien.....	421
A. Le pouvoir de disposer du propriétaire.....	422
B. Les prérogatives du propriétaire	425
§ 2 - Les caractéristiques de la circulation du bien.....	427
A. L’indifférence à l’échange économique du bien	428
1) La prééminence apparente du caractère économique de la valeur.....	428
2) L’affranchissement du caractère économique du bien	434
B. La prise en compte de l’échange juridique du bien	438
1) La circulation limitée du bien.....	439
2) L’appropriation effective du bien.....	446
Section 2 : Le corps réifié, un bien humain.....	451

§ 1 - Le corps réifié, objet de droits.....	452
A. Le corps réifié, objet de droits subjectifs.....	453
1) Les conventions passées sur les éléments et produits du corps humain	454
2) Les conventions passées sur le cadavre	459
B. Le corps réifié, objet d'un droit de propriété.....	463
1) Les titulaires du droit de propriété portant sur les éléments et produits du corps de la personne.....	464
2) Les titulaires du droit de propriété portant sur les restes humains.....	470
§ 2 - L'humanité du corps réifié	480
A. Les fondements particuliers de la protection des biens humains.....	481
1) Le sacré et la dignité, notions inadaptées au corps réifié	482
2) L'humanité, fondement de la protection du corps réifié	484
B. Le régime spécifique des biens humains	487
1) La contradiction entre réification et humanité.....	487
2) La conciliation entre réification et humanité	489
Chapitre 2 : Le droit pénal des biens humains	495
Section 1 : Les atteintes aux éléments et produits du corps humain	498
§ 1 - Les éléments et produits voués à une finalité médicale	498
A. Les appropriations frauduleuses des éléments et produits du corps humain	499
1) Le vol et le recel d'éléments et produits du corps humain	500
2) L'escroquerie portant sur les éléments et produits du corps humain.....	504
B. Les appréhensions frauduleuses des éléments et produits du corps humain	506
1) La circulation frauduleuse des éléments et produits.....	506
2) L'atteinte à l'intégrité des éléments et produits du corps humain	510
§ 2 - Les éléments et produits voués à destruction	514
A. L'application du droit pénal des biens aux éléments et produits inappropriables ...	515
1) Le caractère inappropriable des déchets de soin.....	515
2) Les infractions commises à l'encontre des déchets de soin.....	517
B. L'application du droit pénal des biens aux éléments et produits appropriables	519
Section 2 : Les atteintes à la dépouille mortelle	523
§ 1 - Le détournement du cadavre et des cendres.....	524
A. La soustraction et le recel de la dépouille mortelle	526
B. La cession à titre onéreux des restes humains	529
§ 2 - L'atteinte à l'intégrité du cadavre et des cendres	530
A. L'opportunité relative des incriminations autonomes	531
B. Le maintien de l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre	534

CONCLUSION GÉNÉRALE.....	543
BIBLIOGRAPHIE	549
I. Traités, manuels et ouvrages généraux	549
II. Monographies, thèses et ouvrages spécialisés.....	553
III. Encyclopédies	560
IV. Lexiques et dictionnaires	561
V. Articles de doctrine, chroniques et notes de jurisprudence.....	561
VI. Rapports et propositions de lois.....	588
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	591
INDEX ALPHABETIQUE.....	615
ANNEXE	623
TABLES DES MATIÈRES	635