



**HAL**  
open science

## La marchandisation du corps humain

Amandine Cayol

► **To cite this version:**

Amandine Cayol. La marchandisation du corps humain. Fabien Bottini. La police de la liberté en économie de marché: quelle(s) contrainte(s) pour quelle(s) liberté(s), 1, Legitech, pp.133-143, 2021, (Droit et écologie), 978-2-919782-79-6. hal-04022893

**HAL Id: hal-04022893**

**<https://hal.science/hal-04022893v1>**

Submitted on 20 Feb 2024

**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.

## « La marchandisation du corps humain »

Par Amandine Cayol

MCF Droit privé et codirectrice du M2 Assurances et personnes, Université Caen Normandie

« Qu'est-ce que notre corps aujourd'hui ? Après qu'il eut été autopsié, expérimenté, démantelé, il ne restait plus qu'à le transformer en fonds de commerce ».

B. Edelman, « L'homme aux cellules d'or », *D.* 1989, p. 230.

S'interroger sur une possible « marchandisation » du corps humain suppose, au préalable, de préciser sa nature juridique. Cette question a longtemps été délaissée. Le Code civil de 1804 ne traitait que de la notion de « personne », au sens de personne juridique, abstraite, sujet de droit<sup>1</sup>. Aucune règle n'était spécifiquement consacrée au corps, entendu comme « la partie matérielle d'un être animé considérée du point de vue de son anatomie, de son aspect extérieur »<sup>2</sup>. Conçu comme le support de la personne physique, le corps humain fut dès lors considéré comme confondu avec elle<sup>3</sup>, comme le « *substatrum* de la personne »<sup>4</sup>. A suivre une telle analyse personnaliste, « le corps humain doit être considéré comme la personne aussi longtemps qu'il est à son service (c'est-à-dire de la naissance à la mort). Le corps est alors personne par nature »<sup>5</sup>. Indissociable de la personne, le corps n'est pas une chose juridique, mais la personne elle-même. Il ne peut donc qu'être exclu du commerce juridique<sup>6</sup> et, par conséquent, du marché économique.

---

<sup>1</sup> Ce sont les premières lois relatives à la bioéthique (du 29 juillet 1994) qui ont inséré dans le Code civil un chapitre consacré au respect du corps humain.

<sup>2</sup> Dictionnaire Larousse, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/corps/19404?q=corps#19293>.

<sup>3</sup> *Les sciences de la vie, de l'éthique au droit*, Rapport public du Conseil d'Etat, 25 mars 1988, p. 16 ; S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, Les études hospitalières, 1999, p. 12 ; A. Sériaux, « Droit naturel et procréation artificielle », *DS* 1985, chr. X.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 159.

<sup>5</sup> « Corps humain », par X. Labbé, in *Dictionnaire de la Culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF, 2003.

<sup>6</sup> Les éléments hors du commerce juridique ne peuvent faire l'objet d'aucune convention, même à titre gratuit. Tel est le cas des personnes juridiques, mais aussi de certaines choses (cf. les « choses hors du commerce » : C. civ., ancien art. 1128). On peut noter que qualifier le corps humain de « chose hors du commerce » serait impropre en ce qu'il ne s'agit pas, selon la doctrine personnaliste, d'une chose.

Les avancées de la médecine au cours du XXe siècle conduisirent à envisager une séparation matérielle de certains éléments du corps (sang<sup>7</sup>, cornées<sup>8</sup>, organes prélevés sur des cadavres puis sur des personnes vivantes<sup>9</sup>, sperme, ovocytes, etc.), imposant aux juristes de se saisir de la question du statut juridique de ces « morceaux de corps humain ». Ces éléments et produits du corps humain étant détachés de la personne physique, leur nature de chose juridique fut reconnue : « Séparé de la personne, le corps (...) devient un meuble par nature »<sup>10</sup>. « En parcellisant le corps (...), on en transforme la nature juridique »<sup>11</sup>.

La qualification de chose ne pourrait-elle pas, plus avant, être retenue concernant le corps humain vivant en son entier<sup>12</sup> ? La personne juridique « ne désigne qu'un faisceau d'obligations, de responsabilité et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes »<sup>13</sup>. Il s'agit seulement d'une création intellectuelle, dont le corps peut être distingué : les personnes morales n'ont d'ailleurs pas de corps ! Dès lors que l'on accepte de qualifier le corps humain de chose, un rapport de sujet à objet de droit entre une personne et son propre corps devient envisageable<sup>14</sup>.

---

<sup>7</sup> Loi du 21 juillet 1952 relative aux opérations de transfusion sanguine. Voir sur ce sujet, M-A. Hermitte, *Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine*, Le Seuil, 1996.

<sup>8</sup> Loi du 7 juillet 1949 autorisant le legs des yeux en vue d'une greffe de cornée sur autrui.

<sup>9</sup> Décret du 20 octobre 1947 autorisant les prélèvements d'organes *post mortem*, puis loi « Caillavet » du 22 décembre 1976 favorisant les prélèvements sur cadavres en posant une présomption de consentement du défunt, et encadrant ceux sur une personne vivante.

<sup>10</sup> *Dictionnaire de la Culture juridique* ; V° Corps humain, par X. Labbé, Quadriga, 2003.

<sup>11</sup> C. Labrusse-Riou, « Le corps à l'épreuve des biotechnologies. Perspectives juridiques », in *Ecrits de bioéthique*, PUF, 2007, p. 179.

<sup>12</sup> F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 270 : « En tant que corps (...), (la personne humaine) est considérée par le législateur comme un objet de droits : non seulement elle ne participe pas de l'entité abstraite à partir de laquelle s'établissent les relations juridiques (le sujet de droit), mais encore, elle constitue l'un des objets de ces rapports ». E. Bayer, *Les choses humaines*, Thèse Toulouse I, 2003. Comp. déjà, L. Josserand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *DH* 1932, chr. pp. 1-4, s'inquiétant d'une progressive réification de la personne humaine.

<sup>13</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. H. Thevenaz, Ed. La Baconnière, 1953, p. 113.

<sup>14</sup> Pour une réflexion philosophique sur le sujet, Cl. Crignon-De Oliveira et M. Gaille-Nikodimov, *A qui appartient le corps humain ?*, Ed. Les belles lettres, 2004.

La définition renouvelée du droit de propriété proposée par Frédéric Zenati<sup>15</sup> permettrait de considérer le corps humain comme une chose appropriée. Le droit de propriété, sur le modèle du *dominium* romain, serait en effet une puissance attachée à la personne<sup>16</sup>, permettant de se réserver les utilités d'une chose de manière exclusive. Il est ainsi conçu de manière particulièrement extensive. « Dès que la relation d'exclusivité existant entre une personne et une chose est protégée par le droit », l'existence d'un droit de propriété devrait être reconnue, « et ce « quoi qu'en dise – surtout : que n'en dise pas – la loi »<sup>17</sup>. Le droit de propriété pourrait avoir pour assiette des choses intimement liées à la personne, comme le corps humain<sup>18</sup>, dès lors qu'un pouvoir exclusif sur lui est reconnu à la personne. Or, l'article 16-1 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de son corps », lequel est « inviolable », interdisant de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne<sup>19</sup> sans son consentement éclairé<sup>20</sup>.

La reconnaissance d'un tel droit de propriété de la personne sur son corps suscite toutefois des craintes importantes, en ce qu'elle risquerait de conduire à justifier sa « marchandisation »<sup>21</sup>. A connotation péjorative, ce terme vise la tendance à tirer un profit mercantile d'une activité

---

<sup>15</sup> F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, Thèse Lyon III, 1981.

<sup>16</sup> Le droit de propriété ne se situerait pas au même niveau que les droits réels, lesquels sont, pour la théorie « moderne » issue des travaux de F. Zenati, des objets de propriété. Contrairement aux autres droits (personnels ou réels), le droit de propriété n'aurait pas de structure obligationnelle (S. Ginossar, *Droits réels, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960). Cf. A. Cayol, *Manuel de droit des biens*, Ellipses, juil. 2019.

<sup>17</sup> F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2008, n°10a, p 40.

<sup>18</sup> Th. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD civ.* 2017, p. 587. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seil, 1993, p. 77 ; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 40 ; A. Cayol, *Manuel de droit des biens*, op. cit.

<sup>19</sup> En conséquence, « le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain » (C. civ., art. 16-2). Ces atteintes peuvent également donner lieu à une sanction pénale. Certaines sont toutefois, par exception, autorisées, notamment « en cas de nécessité médicale pour la personne » ou même « à titre exceptionnel dans l'intérêt d'autrui » : C. civ., art. 16-3, al. 1.

<sup>20</sup> Il existe toutefois là encore des exceptions, notamment dans « le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle (elle) n'est pas à même de consentir » : C. civ., art. 16-3, al. 2. Comp. CSP, art. 1111-4.

<sup>21</sup> Une telle conception ultra-libérale du corps est soutenue par le Professeur d'économie Bertrand Lemennicier : « Ethique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », *CRDF*, n°15, 2017, Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété, Actes du colloque organisé à Caen le 14 oct. 2016 par A. Cayol et A. Catherine, p. 27 ; « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi », *Droits*, 1991, p. 111.

Pourtant, la reconnaissance d'un droit de propriété de la personne sur son corps ne conduit pas nécessairement à la patrimonialisation de ce dernier. En effet, à suivre la théorie « moderne » du droit de propriété, celui-ci n'est pas un droit réel, ni même un droit patrimonial. Il serait ainsi susceptible d'avoir pour objet des éléments extrapatrimoniaux. Cf. A. Cayol, *Manuel de droit des biens*, op. cit.

non marchande<sup>22</sup>. « La marchandisation peut être définie comme l’extension de la sphère des échanges marchands »<sup>23</sup>. L’expression « marchandisation du corps humain » met ainsi en exergue la nature extrapatrimoniale de ce dernier. L’article 16-1, al. 3, du Code civil<sup>24</sup> exclut expressément tout droit patrimonial sur le corps humain, ses éléments et ses produits ; l’article 16-5 du même Code, interdisant toute convention qui aurait pour effet de leur conférer une valeur patrimoniale<sup>25</sup>. Pourtant, la libéralisation de l’économie semble aujourd’hui conduire à une extension illimitée du domaine marchand. « Tout s’achète(ra)it et tout se vend(ra)it »<sup>26</sup>, y compris le corps humain<sup>27</sup> notamment concernant la sexualité, la procréation et la santé.

Selon la sociologue Céline Lafontaine, le « corps-marché » représenterait « la phase la plus achevée du capitalisme où chaque individu est conçu comme un entrepreneur devant investir dans son capital biologique »<sup>28</sup>. L’idée est poussée à l’extrême par les tenants du transhumanisme<sup>29</sup>, pour lesquels l’être humain doit chercher à dépasser sa finitude en repoussant les limitations résultant de sa nature corporelle. Les transhumanistes prônent une augmentation des facultés physiques et/ou cognitives de l’homme grâce à la convergence dite « NBIC », c’est à dire la convergence des nanotechnologies (N), des biotechnologies (B), des

---

<sup>22</sup> *Dictionnaire Larousse*, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/marchandisation/49381>.

<sup>23</sup> E. Loquin, « L’approche juridique de la marchandisation », in *Droit et marchandisation*, Litec, 2010.

<sup>24</sup> Créé par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994.

<sup>25</sup> Notons que le principe de non patrimonialité du corps humain est plus étroit que celui de son indisponibilité, lequel, bien qu’affirmé par la Cour de cassation (Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105), n’a jamais été consacré par le législateur ou le constituant. Une chose indisponible ne peut, en effet, être l’objet d’aucune convention, qu’elle soit à titre gratuit ou à titre onéreux.

<sup>26</sup> H. Kempf, *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, Paris, Ed. du Seuil, 2009.

<sup>27</sup> Si les contrats de nourrice et les ventes d’ongles et de cheveux étaient fréquents dès le XIXe siècle, une telle patrimonialisation du corps humain était alors justifiée par le caractère détachable et régénérable des éléments concernés.

<sup>28</sup> C. Lafontaine, *Le corps-marché*, Ed. du Seuil, 2014, p. 14.

<sup>29</sup> Terme utilisé pour la première fois par Julian Huxley en 1957 : « L’espèce humaine peut, si elle le souhaite, se transcender elle-même – pas simplement de façon sporadique, un individu ici, d’une certaine façon, un autre là, d’une autre façon – mais dans son intégralité, en tant qu’humanité. Il nous faut un nom pour cette nouvelle croyance. Peut-être transhumanisme fera-t-il l’affaire : l’homme restant l’homme, mais se transcendant lui-même, en réalisant de nouvelles possibilités de et pour la nature humaine qui est la sienne » (J. Huxley, *New Bottles for New Wine*, Chatto and Windus, 1957, p. 17, cité par N. Boström, « A History of Transhumanist thought », *Journal of Evolution & Technology*, vol. 14, n°1, avr. 2005).

technologies de l'Information (I) et des sciences cognitives (C ). Le corps humain est alors conçu comme une simple machine perfectible, distincte de la personne<sup>30</sup>.

« Dans de nombreuses régions du monde, des marchés du corps humain, licites ou illicites, se développent (...). Une économie extrêmement rentable s'installe, alimentée par la chair et le sang »<sup>31</sup>. Le corps humain « se transforme en gisement de valeur »<sup>32</sup>. Si ce mouvement de marchandisation croissante du corps humain est indéniable au plan international<sup>33</sup>, l'Etat français tente de contrer ce qui est perçu comme une dérive contestable du système néolibéral en encadrant étroitement la liberté dont dispose la personne sur son corps. L'étude du mouvement de marchandisation croissante du corps (I) précèdera ainsi celle de la police de la liberté de disposer de son corps (II).

## **I/ Le mouvement de marchandisation croissante du corps humain**

A côté de la marchandisation, traditionnelle, des services rendus par l'intermédiaire du corps (A) est désormais revendiquée une marchandisation des fonctions vitales elles-mêmes (B).

## **A/ La marchandisation des services rendus par l'intermédiaire du corps humain**

Permettant de louer sa force de travail comme une marchandise<sup>34</sup>, le contrat de travail semble réduire le travailleur à sa capacité à produire de la richesse<sup>35</sup>. La qualification de « louage de services » retenue par le Code civil, bien qu'elle soit l'objet de fréquentes critiques<sup>36</sup>, reflète

---

<sup>30</sup> Une « disparition » du corps charnel est même prédit par certains transhumanistes, lesquels envisagent à terme une convergence homme-machine par transfert du cerveau dans un ordinateur.

<sup>31</sup> S. Agacinski, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Tracts Gallimard, juin 2019, p. 9.

<sup>32</sup> B. Edelman, *Ni chose, ni personne. Le corps humain en question*, Ed. Hermann, 2009, p. 6.

<sup>33</sup> Selon le bulletin de l'OMS de 2007, 10% des transplantations réalisées chaque année auraient par ex. lieu dans le cadre d'un trafic d'organes. Deux milles indiens vendraient notamment leur rein chaque année pour un prix de mille dollars (chiffres cités par M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, Fayard, 2013, p. 101).

<sup>34</sup> A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 336.

<sup>35</sup> Pour une analyse contemporaine de la réification dans la pensée marxiste, voir en particulier V. Chanson, A. Cukier et F. Monferrand, *La réification, Histoire et actualité d'un concept*, La Dispute, 2014.

<sup>36</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 11, *Contrats civils 2<sup>e</sup> partie*, par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1954, n°766, p 8 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome 3, 2<sup>e</sup> volume, *Principaux contrats, 2<sup>e</sup> partie*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien,

encore aujourd'hui la prestation caractéristique de ce contrat : le salarié loue à l'employeur sa force de travail, dont l'objectivation résulte du rapport de subordination juridique<sup>37</sup>. « Ce qui caractérise la relation de travail est la force de travail engagée par le travailleur pour exécuter des tâches au service de son employeur. L'engagement personnel du travailleur implique le louage (...) de ses forces physiques et/ou de ses ressources intellectuelles pour exécuter ces prestations de travail »<sup>38</sup>. Certains soutiennent dès lors que, dans le contrat de travail, l'objet de la prestation est le corps humain du salarié : « Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat »<sup>39</sup>.

En réalité, le corps humain ne constitue pas l'objet du contrat de travail : « Il en est un intermédiaire nécessaire, mais non l'objet central »<sup>40</sup>. La marchandisation du corps humain est ainsi indirecte. Ce n'est pas le corps du salarié qui est monétisé, mais les services rendus par son intermédiaire. Le contrat a seulement pour objet « des activités du corps humain »<sup>41</sup>. Une marchandisation du corps humain lui-même supposerait qu'une personne concède à autrui, moyennant finance, un droit portant directement sur son corps : le tiers serait alors titulaire d'« un droit *sur* le corps de quelqu'un, considéré comme le seul objet du contrat »<sup>42</sup>. La distinction entre les deux n'est toutefois pas toujours évidente. Ainsi, le contrat de prostitution

---

1980, par M. de Juglart, n°1328, p 741 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Tome 2, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1933, n°1260 ; A. Deschamps, « Sur l'expression « *locare operas* » et le travail comme objet de contrat à Rome », in *Mélanges Gérardin*, Sirey, 1907, p 178.

<sup>37</sup> Th. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Droit social* 1992, p 859 et s. spé. n°46 ; Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, 1992, n°328 p 360. Retenant également la qualification de louage, G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Tome 3, LGDJ, 1958, n°1994, p 654 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 2<sup>e</sup> éd., Cotillon, 1902, n°1827, p 567 ; F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n°187, p 163. Comp. M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse Paris II, 1974, n°324, p 501, selon laquelle le salarié « vend sa force de travail à un propriétaire qui possède les moyens de production et les matières premières ». Il s'agit pour cet auteur d'une vente de force de travail.

<sup>38</sup> E. Mazuyer, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *La revue des droits de l'homme*, n°8, 2015, en ligne : <https://doi.org/10.4000/revdh.1730>.

<sup>39</sup> A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 59.

<sup>40</sup> S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ?*, L'Harmattan, 2004, p. 55.

<sup>41</sup> B. Feuillet-Liger, « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être ! », in *La non-patrimonialité du corps humain...*, *op. cit.*, p. 393.

<sup>42</sup> F. Chabas, « Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Capitant, Dalloz, 1975, p. 226. Comp. S. Hennette-Vauchez, *op. cit.*, p. 57 : il s'agit « non plus des conventions par lesquelles la personne s'engage *en son corps*, mais celles par lesquelles elle engage *son corps* ».

peut être analysé comme une location du corps, entraînant sa réification<sup>43</sup> et sa marchandisation, ou comme une convention de prestation de services portant sur des actes sexuels<sup>44</sup>.

Le mouvement de libéralisation économique semble conduire désormais à une « exploitation directe de la « matière humaine » »<sup>45</sup> en intégrant au marché économique les fonctions vitales elles-mêmes.

## **B/ Vers une marchandisation des fonctions vitales elles-mêmes ?**

« « La vie en elle-même », c'est-à-dire l'ensemble des processus biologiques propres à l'existence corporelle, est désormais au cœur d'une nouvelle phase de la globalisation capitaliste : la bio économie »<sup>46</sup>. La tension entre libéralisation de l'économie et police de la liberté de disposer de soi est particulièrement visible concernant les conventions de gestation pour autrui ou de procréation pour autrui<sup>47</sup>.

La « mère porteuse » est généralement considérée comme consentant à louer son utérus<sup>48</sup>, lui conférant ainsi une valeur patrimoniale. L'enfant à naître serait, quant à lui, traité comme une marchandise, objet d'une vente aux parents d'intention<sup>49</sup>. Il semblerait plus juste de qualifier l'ensemble de l'opération de contrat d'ouvrage<sup>50</sup>, la « mère porteuse » s'engageant à produire un enfant spécialement pour autrui. Quelle que soit la qualification retenue, il est, dans tous les

---

<sup>43</sup> J. Lecame, « Le statut juridique des personnes prostituées en France », *CRDF*, 2011, n°9, p. 103.

<sup>44</sup> A. Casado, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, Ed. IRJS, 2015. Comp. CJCE, 20 nov. 2001, « Aldona Malgorzata Jany et autres contre Staatsscretaris van Justitie », aff. C-268/99, point 49 : « La prostitution constitue une prestation de services rémunérée ».

<sup>45</sup> F. Kernaleguen, « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité », in *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité*, Bruylant, 2017, p. 85.

<sup>46</sup> C. Lafontaine, *op. cit.*, p. 12. Comp. D. Le Breton, « Patrimonialité du corps : approche anthropologique », in *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité, op. cit.*, p. 354 : « Le corps entre désormais dans le cycle du libéralisme économique dont il est l'un des objets de choix ».

<sup>47</sup> Selon que la « mère porteuse » se borne à accueillir un embryon conçu avec les gamètes des « parents d'intention » ou qu'elle participe également à sa conception.

<sup>48</sup> J. Buk Lament, « L'appropriation du corps humain », *Justice et cassation*, 2015, Dossier « La propriété », p. 100.

<sup>49</sup> A. Mirkovic, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », *D.* 2012, p. 878, évoquant un « achat d'enfant » ; M. Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013, p. 2384, parlant de « vente des enfants » ; S. Agacinski, *loc. cit.*, p. 12, mentionnant le « commerce d'un enfant ».

<sup>50</sup> A. Cayol, *Le contrat d'ouvrage*, Ed. IRJS, 2012.

cas, indéniable que ces conventions participent d'une marchandisation des fonctions vitales elles-mêmes, ce qui justifie l'interdiction d'ordre public dont elles sont frappées en France<sup>51</sup>.

Pourtant, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>52</sup>, la Cour de cassation a peu à peu été contrainte de reconnaître des effets en France aux contrats de gestation pour autrui réalisés à l'étranger<sup>53</sup>, afin de prendre en compte l'intérêt des enfants. Bien que l'interdiction de conclure de tels contrats soit maintenue, elle est désormais essentiellement d'ordre théorique.

Cela permet d'illustrer que, si les revendications visant à admettre une marchandisation du corps humain reposent sur des considérations économiques, elles ont également des fondements juridiques. Ainsi, la notion de liberté, source, initialement, d'une protection du corps humain vis-à-vis des tiers, est désormais invoquée au soutien d'une légalisation de pratiques impliquant directement le corps humain. La liberté de disposer de son corps mènerait alors à sa possible marchandisation<sup>54</sup>. Une telle conception ultralibérale de la liberté conduit à retenir une définition individualiste du principe de dignité de la personne humaine, réduite à l'autonomie personnelle. Le recours à une définition objective de la dignité permettrait, au contraire, de légitimer les interventions étatiques visant à instaurer une police de la liberté de disposer de son corps<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> C. civ., art. 16-7, issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 (et ce même si la convention est conclue à titre gratuit). Déjà, Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

<sup>52</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, « Mennesson c./ France » ; n° 65941/11, « Labassée c/ France ».

<sup>53</sup> Cass. Ass. Plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002 autorisant la transcription concernant le père biologique ; Cass. Ass. Plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053 autorisant la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger.

<sup>54</sup> « Au nom de la liberté d'un individu de disposer de son corps, ce dernier devrait pouvoir l'aliéner, le vendre, le louer », L. Robert, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la CEDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *La revue des droits de l'homme*, n°8, 2015, en ligne : <http://revdh.revues.org/1602>.

<sup>55</sup> Sur la distinction entre ces deux conceptions du principe de dignité de la personne humaine, X. Bioy, « La dignité : questions de principes », in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), *Justice, éthique et dignité*, PuLim, 2006.

## **II/ La police de la liberté de disposer de son corps**

La marchandisation du corps transgresse des normes sociales encore assez largement acceptées. L'État français interdit dès lors toute monétisation par une personne de ses fonctions vitales (A). Bien que le Droit encadre de manière apparemment stricte les actes portant sur le corps, il est permis de se demander s'il n'accompagne pas en réalité en pratique le mouvement de libéralisation de l'économie et d'extension du marché au corps humain (B).

### **A/ L'interdiction de monnayer ses fonctions vitales**

Tout contrat ayant pour effet d'octroyer une valeur patrimoniale au corps humain est nul<sup>56</sup>. Ce principe d'extra patrimonialité du corps « est censé aider à lutter contre les formes modernes d'asservissement du corps humain »<sup>57</sup>. Les éléments et produits qui en sont issus ne peuvent pas être cédés à titre onéreux. Seul leur don est autorisé<sup>58</sup>. L'unique exception concerne les phanères<sup>59</sup>, lesquels sont pour la plupart amenés à se renouveler et n'ont pas de lien direct avec les fonctions vitales de l'être humain<sup>60</sup>.

Une telle limitation à la liberté de disposer de son corps peut être fondée sur le principe de dignité de la personne humaine<sup>61</sup>. Affirmé au plan international dès la fin de la Seconde guerre mondiale<sup>62</sup> en réaction aux atrocités alors commises, puis consacré en droit interne par la loi relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994 et érigé en principe à valeur constitutionnelle<sup>63</sup>, il met en exergue l'essence de la personne humaine afin de préserver en toute circonstance ce qu'il y a d'humain dans l'homme. S'il peut être conçu, de manière

---

<sup>56</sup> C. civ., art. 16-5.

<sup>57</sup> D. Tissier, *La protection du corps humain*, L'Harmattan, 2013, n° 102, p. 77.

<sup>58</sup> C. civ., art. 16-6 ; CSP, art. L. 1211-4, al. 1 ; Comp. CSP, art. L. 1221-1 relatif aux transfusions sanguines lesquelles supposent le bénévolat et l'absence de profit.

<sup>59</sup> Il s'agit des cheveux, des ongles, des poils et des dents : CSP, art. R. 1211-49.

<sup>60</sup> Contrairement aux gamètes ou au sang.

<sup>61</sup> Les règles posées aux articles 16 et suivants du Code civil sont d'ailleurs des déclinaisons du principe de dignité de la personne humaine.

<sup>62</sup> Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 ; Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies du 10 déc. 1948.

<sup>63</sup> C.C., déc. « Bioéthique », n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

individualiste, comme source de liberté<sup>64</sup>, le principe de dignité peut aussi être vu comme source de devoirs envers soi-même<sup>65</sup>. Kant écrivait ainsi : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »<sup>66</sup>. Le principe de dignité interdirait de réaliser des actes susceptibles de porter atteinte à l'humanité qui habite chaque être humain : chacun serait contraint de respecter la part d'humanité qui est en lui<sup>67</sup>. « Le droit au respect de la personne humaine impose l'interdiction de faire de l'homme un objet, ce qui rend impossible de négocier, par soi-même et par les autres, des parties ou des produits du corps humain »<sup>68</sup>.

Pourtant, ces grands principes ne sauraient occulter l'existence d'une valorisation indirecte du corps humain.

## **B/ L'existence d'une valorisation indirecte du corps humain**

« L'imaginaire du don tend à camoufler la logique économique »<sup>69</sup>. Or, « le voile jeté sur la dimension économique, industrielle et donc commerciale de l'action biomédicale et scientifique commence à se déchirer »<sup>70</sup>.

Tout d'abord, « d'une manière directe ou indirecte, la gratuité est remise en cause pour augmenter le nombre de dons »<sup>71</sup>. La circulation des éléments et produits du corps humain étant nécessaire dans un but thérapeutique, plusieurs mesures ont été adoptées par le législateur

---

<sup>64</sup> J. Pic de la Mirandole, *Discours sur la dignité de l'homme*, Garin, 1942, p. 104.

<sup>65</sup> N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), Economica, 1999, p. 129 : « La dignité de la personne humaine n'est pas un droit. Elle fait naître un devoir, celui de ne pas y porter atteinte ».

<sup>66</sup> E. Kant, *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, II, Trad. V. Delbos, Ed° Delagrave, 1988, p. 150

<sup>67</sup> X. Dijon, « Vers un commerce du corps humain ? », *Journal des tribunaux*, sept. 2006, n°6233, p. 502 : « L'impératif de dignité, qui protège notre appartenance à l'humanité, doit parfois porter atteinte au droit à l'autonomie ». Voir, en ce sens, la célèbre affaire du lancer de nain : CE, 27 oct. 1995, « Commune de Morsang-sur-orge ».

<sup>68</sup> M.-L. Pavia, « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, op. cit., p. 18.

<sup>69</sup> C. Lafontaine, op. cit., p. 79.

<sup>70</sup> C. Labrusse-Riou, « Sciences de la vie et légitimité », in *Ecrits de bioéthique*, op. cit., p. 262. Sur ce sujet, voir M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, LGDJ, 2018, pp. 471 et s.

<sup>71</sup> A. Tadros, « Le statut du donneur », *CRDF*, n°15, 2017, p. 51.

français afin d'inciter davantage de personnes à consentir au don. Ainsi, lorsque la femme consentant au don d'ovocytes n'a pas encore procréé, elle a la possibilité de voir une partie de ses ovocytes conservés à des fins autologues<sup>72</sup>. Elle obtient de la sorte une contrepartie directe et immédiate au « don » réalisé. Il est par ailleurs indéniable qu'en cas de don croisé d'organes<sup>73</sup> le donneur n'est pas totalement désintéressé puisque l'objectif est d'obtenir, en retour, le don d'un organe compatible avec le receveur qu'il connaît. Enfin, l'élargissement, par le législateur, du cercle des personnes susceptibles de donner un organe de leur vivant<sup>74</sup> questionne quant aux risques d'arrangements financiers<sup>75</sup>. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs souligné en 2009 que « le critère selon lequel le donneur est « affectivement lié » au receveur serait dans la réalité difficilement contrôlable et ferait courir le risque d'une dérive marchande qui contreviendrait à l'impératif de non-patrimonialité »<sup>76</sup>.

Ensuite, même si le donneur ne peut, par principe, pas tirer profit des éléments et produits issus de son corps, ceux-ci sont ultérieurement susceptibles d'intégrer le marché économique. L'exigence du caractère gratuit de la cession ne concerne en effet, paradoxalement, que la « personne source ». Une circulation à titre onéreux est par la suite possible. Le sang a ainsi un prix, fixé par un arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale<sup>77</sup>. En réalité, « la notion de gratuité ne vise que la relation qui s'établit entre la personne-source, donneur de matériaux biologiques et le premier utilisateur (...) puisque ces matériaux détachés du corps seront utilisés ultérieurement, comme le prévoit la loi elle-même au Code de la santé publique, à des fins thérapeutiques ou industrielles, et (...) en faisant l'objet de tarifs de cession, vont être exportés ou importés »<sup>78</sup>. Le médicament est la principale technique juridique permettant

---

<sup>72</sup> CSP, art. L. 1244-2.

<sup>73</sup> CSP, art. L. 1231-1, al. 3.

<sup>74</sup> CSP, art. L. 1231-1, al. 2, aux termes duquel peut être donneur de son vivant « toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur » (modification issue de la loi n° 2011-814 du 7 juil. 2011 relative à la bioéthique).

<sup>75</sup> J.-R. Binet, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquive et faux semblant », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz et C. Zolynski (dir.), LGDJ, 2013, p. 271. J. Penneau et E. Terrier, « Corps humain – bioéthique », *Rép. Civ. Dalloz*, juil. 2019, n°170, évoquant « le risque d'une ouverture sur un trafic d'organes ».

<sup>76</sup> Conseil d'Etat, Rapport, 2009, p. 93.

<sup>77</sup> CSP, art. L. 1221-9.

<sup>78</sup> H. Gaumont-Prat, « Les tribulations en France de la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions bio-technologiques », *D.* 2001, p. 2882.

d'étendre le marché aux éléments issus du corps humain<sup>79</sup>. On observe ainsi que « plus on s'éloigne du début de la chaîne et plus l'on a affaire à des produits manufacturés impliquant la maîtrise de compétences techniques sophistiquées, plus » le principe « du non lucratif s'estomp(e) »<sup>80</sup>.

Enfin, l'admission de la brevetabilité du vivant humain par la directive européenne n° 98-44 du 6 juillet 1998 conduit à une patrimonialisation indirecte du corps<sup>81</sup>. Le champ d'application de ce texte est particulièrement large, en ce qu'il concerne même les inventions portant sur un élément isolé du corps humain, comme la séquence complète ou partielle d'un gène. Le vivant humain n'est-il pas alors traité « comme un fonds d'exploitation, et donc d'investissements, susceptibles de produire des richesses et qui, par conséquent, peut faire l'objet d'un monopole »<sup>82</sup> ? La position du législateur français est, toutefois, plus restrictive. Aux termes de l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle<sup>83</sup>, « Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière ».

\*

Si, « pendant longtemps, les impossibles ont pour l'essentiel suffi à faire fonction d'interdit », les progrès de la science et de la technique ont soulevé la question « de savoir si tout ce qui pouvait se faire devait être autorisé, c'est-à-dire la question de la limite, question fondamentale du droit »<sup>84</sup>. Le droit s'est alors trouvé « saisi par la biologie »<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> M.-X. Catto, « Des éléments du corps humain disponibles pour l'industrie pharmaceutique ? », *CRDF*, n° 15, 2017, pp. 55-64.

<sup>80</sup> F. Bellivier et Ch. Noiville, *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, p. 121.

<sup>81</sup> F. Bellivier et Ch. Noiville, *op. cit.*, p. 66 : « Breveter une invention permet de s'assurer pendant un temps un monopole d'exploitation, ce qui fait bien indirectement entrer la chose protégée par le brevet dans la sphère patrimoniale ».

<sup>82</sup> B. Edelman, « L'homme dépossédé. Entre la science et le profit », in M. Fabre-Magnan et Ph. Moullier (dir.), *La génétique, science humaine*, Ed. Belin, 2004, p. 217.

<sup>83</sup> Issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

<sup>84</sup> M. Fabre-Magnan, Préface, in C. Labrusse-Riou, *Ecrits de bioéthique*, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>85</sup> C. Labrusse-Riou (dir.), *Le droit saisi par la biologie, des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996.

Bien que le législateur français ait encadré, dès les premières lois « bioéthique » de 1994, les contrats susceptibles de porter sur le corps humain, une dérive insidieuse vers la marchandisation de ce dernier, sous l'influence du marché économique international, est désormais notable.

Pourtant, exerçant une fonction anthropologique<sup>86</sup>, le droit devrait avoir pour rôle fondamental de poser des limites aux désirs des uns et des autres pour prémunir l'ensemble de la société des dérives de l'individualisme. « Ces limites ne sont pas des entraves dont il faudrait essayer de se débarrasser toujours davantage, mais les conditions mêmes de l'institution de la liberté »<sup>87</sup>, permettant de contrer tout risque de « réduction de l'humain à l'économie »<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005. Comp. J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 197 et s.

<sup>87</sup> M. Fabre-Magnan, Préface, in C. Labrusse-Riou, *Ecrits de bioéthique*, *loc. cit.*, p. 41.

<sup>88</sup> A. Le Gouvelo, « La marchandisation du corps humain », in *Corps et droit*, Lexisnexis, 2019, p. 97.