

L'esquisse d'un statut juridique du corps humain par la notion de vie privée sous la plume de la cour européenne des droits de l'homme

Jean-Christophe Galloux*

Introduction	323
I. Les convergences de l'article 8 CEDH et du statut civil du corps humain	327
A. La protection de l'intégrité du corps vivant.....	328
B. Le respect porté au cadavre et à la dépouille de l'enfant à naître	333
II. Les oppositions entre la notion de vie privée et le statut civil du corps humain	338
A. La divergence relative à la liberté de disposer de son corps	340
B. L'indifférence de l'article 8 CEDH à la patrimonialisation ou à la commercialisation du corps, de ses éléments et ses produits	344

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Membre de l'Académie nationale de pharmacie.



Le Doyen Patrick Molinari a consacré une partie de ses écrits à l'analyse de la notion de protection de la vie privée¹ : à la même époque, je terminais sous la direction du Doyen Jean-Marie Auby – avec qui il écrivit le premier traité du droit de la santé au Québec² –, ma thèse de doctorat relative à un « essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique ». Il était inévitable que nous nous rencontrions : ce fut effectivement de cas en 1985, à l'Université de Dijon. Depuis lors, s'est scellée une amitié que ni le temps ni l'éloignement n'ont érodée. Que cette modeste contribution, touchant, comme il se devait, au rapprochement de la notion de vie privée et de corps humain, en rende témoignage.

Introduction

À la différence du droit civil québécois³, le droit français n'a introduit que récemment dans le code civil des dispositions concernant la protection du corps humain. Le Code de 1804 assimilait la personne humaine à son corps, ou plus exactement, la personne du droit civil est une personne désincarnée : le corps humain n'y figurait donc pas en tant que tel. Perpétuant la tradition romaine, le droit civil français a censuré le corps⁴, de la même manière qu'il a placé hors de son système toute notion de sacré. La personne du Code civil français n'était donc que volonté⁵. L'autonomie de la volonté exaltée par la théorie classique des obligations prolongeait la construction tripartite du droit civil enseignée depuis les

¹ Voir notamment : Patrick A. MOLINARI et Pierre TRUDEL, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée : Aspects généraux et application », dans S.F.P.B.Q., *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988.

² Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI, Jean-Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, PUM, 1981.

³ Marie-Ève ARBOUR et Mariève LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 2'31.

⁴ Sur l'ensemble de cette question : Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

⁵ J. CARBONNIER : « Il est vrai que la philosophie spiritualiste, qui a été celle du Code Napoléon et des juristes libéraux du XIX^e siècle, mettait l'essence de la personnalité dans la volonté plutôt que dans le corps », *Droit civil*, 1, Introduction. « Les Personnes », Paris, P.U.F., 16^e éd. 1987, p. 47.

compilations de Justinien : la personne, les choses et les actions⁶. La différence ultime entre la personne et les autres créatures réside dans la structure de sa volonté : la personne est, en tant que personnage sur la scène juridique, non seulement sujet mais acteur du droit. La censure du corps a perduré 190 ans ; le Code civil ne consacra le corps comme un objet en soi du droit civil, qu'avec la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 introduisant les nouveaux articles 16 à 16-9 dans un chapitre deux du titre premier du livre premier, intitulé « Du respect du corps humain ».

L'instauration de ce nouveau statut du corps commence avec l'article 16 du Code civil qui n'évoque que la personne : « *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* ». Afin d'assurer le respect du corps et la dignité de la personne, le statut du corps humain inscrit dans le Code s'appuie sur deux principes essentiels : l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps, le second de ces principes ayant été étendu aux éléments et aux produits issus du corps humain (article 16-1). Ils sont l'héritage des solutions jurisprudentielles dégagées en droit médical depuis le milieu du XIX^e siècle et reprises par les analyses bioéthiques au cours des années quatre-vingt.

Le corps humain, pourtant essentiel dans la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et son organe juridictionnel, la Cour de Strasbourg, n'est cependant jamais nommé en tant que tel dans le texte de la première et n'apparaît que très rarement dans les arrêts de la seconde⁷. Ses occurrences relèvent des citations du droit interne au détour des arguments des requérants⁸ ou ceux des défendeurs⁹. Pas plus que le Code civil, la Convention ou la Cour ne donnent-elles une définition du corps humain. La Cour assimile le corps humain à la personne : elle protège le corps comme la personne, appréhendée dans sa globalité, ce que l'incite à faire le texte même de la Convention, qui évoque uniquement la « personne » alors qu'elle protège aussi son enve-

⁶ *Institutes*, 1.3.pr.

⁷ Mihaela AILINCAI, « Le Corps et la Cour Européenne des droits de l'Homme, Propos introductifs », (2015) 8 *Revue des droits de l'Homme*.

⁸ Notamment : *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 58, CEDH 2002-III ; *Kemal Sisman c. Turquie*, n° 46352/10, §12, 21 janvier 2014 ; *Canonne c. France* (déc.), n° 22037/13, § 18, 2 juin 2015.

⁹ Notamment : *Menesson c. France*, n° 65192/11, § 55, 60, 72 et 107, 26 juin 2014 ; *Labassée c. France*, n° 65941/11 § 47, 2 juin 2014.

loppe charnelle. Il n'y a donc pas un droit spécial du corps humain dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a pour objet de protéger la vie privée et intime des individus, disposant en son premier paragraphe que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Ainsi, à l'origine, le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH doit-il s'entendre comme un « droit d'être laissé tranquille » visant particulièrement à protéger les personnes contre toutes immixtions arbitraires des pouvoirs publics¹⁰. Il convient de préserver l'intimité des lieux où s'exerce la vie privée, ce qui passe avant tout par le respect du domicile. Par la suite, l'interprétation évolutive et dynamique de cette disposition opérée par la Cour de Strasbourg a permis de déduire de nombreux droits subjectifs de la notion de vie privée.

Afin de répondre aux revendications de liberté corporelle des requérants, la Cour a également forgé le concept d'« autonomie personnelle », dont la doctrine discute encore le fait de savoir s'il s'agit d'un principe découlant du droit au respect de la vie privée, ou s'il s'agit d'un droit à part entière¹¹. Cette notion, d'abord implicite dans la jurisprudence de la Cour¹², est énoncée explicitement dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* de 2002 ; « [b]ien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »¹³. La Cour ajoute : « le principe de l'autonomie personnelle »

¹⁰ Emmanuelle LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse de doctorat, Pau, École doctorale Sciences sociales et humanités, 2012, p. 43.

¹¹ Voir : N. R. KOFFEMAN, (*The right to*) *personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights*, Leiden, 2010, p. 5-9, en ligne : [https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/15890/N.R.+Koffeman+-+\(The+right\)+to+personal+autonomy+in+the+case+law+of+the+ECtHR+\(2010\).pdf;jsessionid=4FB04F84EE70EDA15F54AA7F73F541BE?sequence=3](https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/15890/N.R.+Koffeman+-+(The+right)+to+personal+autonomy+in+the+case+law+of+the+ECtHR+(2010).pdf;jsessionid=4FB04F84EE70EDA15F54AA7F73F541BE?sequence=3).

¹² Voir : Hélène HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, École doctorale Sciences juridiques et Politiques, 2013, p. 93-94.

¹³ *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 8, § 61.

implique « le droit d'opérer des choix concernant son propre corps »¹⁴. L'autonomie personnelle présente ainsi une dimension corporelle, en vertu de laquelle l'individu peut revendiquer une certaine liberté dans l'usage qu'il fait de son enveloppe charnelle¹⁵. La liberté de l'Homme son corps offre en réalité une double dimension selon la jurisprudence de la Cour : la première donne le droit d'être protégé contre les atteintes d'autrui non désirées ; c'est le droit à l'intégrité corporelle. L'autre dimension, positive, supposerait le droit de chacun de disposer librement de son propre corps. En ce sens, la CEDH telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, semble proposer une protection comparable à celle retenue par le législateur français pour le statut du corps humain, sans toutefois référer à ces deux principes. En réalité, si l'interprétation de l'article 8 conduit à des solutions convergentes avec le statut civil du corps humain (I), elle conduit également à des divergences ou des insuffisances par rapport à ce dernier (II)

La Convention d'Oviedo ou Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain en rapport avec les applications de la biologie et de la médecine, signée le 4 avril 1997 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999, n'a pas remis en cause ces interprétations. S'il s'agit du seul instrument juridique contraignant international pour la protection des droits de l'Homme dans le domaine biomédical, la Convention d'Oviedo reprend les principes de la CEDH et ne propose pas davantage que celle-ci, un statut juridique du corps humain. Certaines des décisions citées à la suite se réfèrent aussi bien aux articles de la CEDH qu'à ceux de la Convention d'Oviedo¹⁶.

¹⁴ *Id.* § 66.

¹⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale », D. 2008.31.

¹⁶ En particulier : *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, § 58 CEDH 2004-II ; *Vo. c. France*, n° 53924/00, § 35 CEDH 2004-VIII ; *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 40 CEDH 2007-I ; *Hülya ÖZALP c. Turquie*, n° 74300/01, 2 décembre 2003 (article 5 de la Convention d'Oviedo mentionné) ; *Juhnke c. Turquie*, n° 52515/99, § 56, 13 mai 2008 ; *M.A.K. et R.K. c. Royaume-Uni*, n° 45901/05 et 40146/06, § 31, 23 mars 2010 ; *Daskalovi c. Bulgarie*, n° 27915/06, 23 novembre 2010 (articles 5 et 8 de la Convention d'Oviedo) ; *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, § 83, CEDH 2011 ; *Arskaya c. Ukraine*, n° 45076/05, 5 décembre 2013 ; *V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07, §§ 76-77, CEDH 2011 ; *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, § 21, 28 août 2012 ; *M.S. c. Croatie (n° 2)*, n° 75450/12, § 51, 19 février 2015 ; *Parrillo c. Italie* [GC], n° 46470/11, §§ 42 et 54 CEDH 2015.

I. Les convergences de l'article 8 CEDH et du statut civil du corps humain

Le droit au respect de l'intégrité corporelle suppose le consentement à toute intervention thérapeutique, sauf en cas d'urgence, comme l'avait jugé dès le 15 décembre 1859 le Tribunal correctionnel de Lyon, et l'interdiction de toute expérimentation sur le corps, comme le jugea la Cour de Bordeaux le 1^{er} juillet 1937. L'inviolabilité du corps fait écho au « noli me tangere » (« ne me touchez pas ») fondamental proféré par le Christ ressuscité aux femmes qui venaient apprêter son corps supplicié¹⁷. Sacré, le corps humain doit être respecté comme le symbole de sa condition charnelle. Il signifie que nul ne peut être contraint de subir une atteinte à son corps. Toutefois, dès lors que l'atteinte ne résulte pas d'une contrainte directe, mais du consentement de l'intéressé, elle peut se trouver justifiée en droit (article 16-3). Le consentement empêche que la personne en son corps ne soit réduite à un ensemble d'éléments biologiques¹⁸; il est la condition de la liberté de la personne; il représente, en dernière instance, l'expression la plus vraie de l'intimité du corps et de la parole. Cette justification n'est cependant pas exclusive: le consentement, à l'instar du droit pénal, n'assure pas en droit civil l'impunité du praticien. L'intervention doit être justifiée par une nécessité thérapeutique. Cette nécessité suffit, en principe pour les atteintes portées à la l'intégrité corporelle de la personne.

La protection de l'intégrité corporelle se trouve souvent protégée sur le fondement de l'article 3 de la Convention¹⁹, soit seul, soit en combinaison avec l'article 8²⁰. La Cour a ainsi jugé que la Convention n'interdit pas, en principe, le recours à une intervention médicale de force susceptible de faire progresser l'enquête sur une infraction, mais toute atteinte portée à l'intégrité physique d'une personne en vue de l'obtention d'éléments de preuve doit donner lieu à un examen rigoureux. A pu être considéré comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 le fait

¹⁷ Jean, XX, 17. Le Christ est ressuscité dans la chair, avec un corps d'homme.

¹⁸ D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain pas un individu biologique », (1994) 149 *Les Petites Affiches* 28.

¹⁹ « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

²⁰ Pour une affaire relative au prélèvement d'organes sur un cadavre : *Elberte c. Lettonie*, n° 61243/08, 13 janvier 2015.

que les autorités allemandes aient forcé un suspect à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. Non seulement la façon dont la mesure litigieuse avait été exécutée était de nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir, mais elle avait en outre comporté des risques pour sa santé²¹.

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme a peu à peu inclus dans son périmètre de contrôle le droit à l'intégrité physique²². Comme le rappelle la Cour, «la notion de vie privée et de vie familiale sont des notions larges qui ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive»²³. Cette garantie, particulièrement présente dans le monde médical au travers des droits du patient²⁴ et reconnue au plan mondial²⁵, s'entend traditionnellement dans sa dimension négative : on ne peut pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui²⁶ sans son consentement.

Cette protection est accordée tant pour le corps de la personne vivante (A) que, dans une mesure moindre, pour le cadavre et le corps de l'enfant à naître (B).

A. La protection de l'intégrité du corps vivant

Les personnes peuvent invoquer l'article 8 de la CEDH tant pour faire sanctionner des actes qui portent atteinte à leur intégrité que pour légitimer leur refus de subir des soins.

²¹ *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, CEDH 2006-IX.

²² Ivana ROAGNA, «La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme», série des Précis des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 14 et 27.

²³ *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 8.

²⁴ Ursula KILKELLY, «Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme», série des Précis des droits de l'homme, n°1, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, p. 44.

²⁵ Notamment les déclarations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) : Association médicale mondiale, *Déclaration d'Helsinki*, Document 17.C, 18^e Assemblée générale de l'AMM (1964) et l'article 5 de la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*, 4 avril 1997, S.T.E. n° 164.

²⁶ *X. et Y. c. Pays-Bas*, n° 8978/80, §§ 25-27, 26 mars 1985 ; *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, n° 22083/93 et 22095/93, §§ 62-64, CEDH 1996-IV.

Les actes médicaux les plus banals comme les moins dangereux pour la vie du patient doivent être consentis : la Cour a ainsi jugé injustifiée la décision d'effectuer une prise de sang et de prendre des photographies intimes d'une enfant de neuf ans contre la volonté expresse de ses deux parents, alors qu'elle était seule à l'hôpital ; elle a donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention²⁷.

La violation de la vie privée se trouve également réalisée lorsque des examens intimes, comme les examens gynécologiques²⁸, sont pratiqués sans le consentement de l'intéressée, les circonstances de l'examen pouvant donner lieu au surplus à la qualification de traitement dégradant et à une violation de l'article 3²⁹. La mise en œuvre de cette dernière disposition exige des preuves à l'appui de mauvais traitements allégués par la requérante, tandis que le fait qu'on persuade la plaignante d'y consentir alors que détenue, elle était particulièrement vulnérable (on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'elle refuse indéfiniment de se soumettre à cet examen) constitue une ingérence dans sa vie privée dans la mesure où l'examen lui avait été imposé en l'absence de son consentement libre et éclairé. La Cour a même considéré que la requérante avait pu être amenée à penser que l'examen était obligatoire.

D'évidence, les actes médicaux les plus graves réalisés sans le consentement de la personne se trouvent condamnés, notamment ceux qui mettent en cause sa vie même : dans ce cas, l'article 8 se combine aussi avec l'article 2 (droit à la vie).

La stérilisation des personnes handicapées souffrant d'un déficit intellectuel ou de problèmes psychologiques fait partie des sujets les plus délicats de la biomédecine. En France, l'article L. 2123-2 du code de la santé publique interdit la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive sur les mineurs et sur les majeurs handicapés mentaux placés sous tutelle ou sous curatelle, sauf s'il existe « une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ». Le texte subordonne l'intervention à une décision du juge des tutelles après avis d'un comité d'experts. Le juge doit avoir entendu la personne concernée. Si elle

²⁷ *M.A.K. et R.K. c. Royaume-Uni*, préc., note 16.

²⁸ *Juhnke c. Turquie*, préc., note 16.

²⁹ *Salmanog lu et Polattas c. Turquie*, n° 15828/03, 17 mars 2009.

est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après fourniture d'une « information adaptée à son degré de compréhension »³⁰. Il ne peut être passé outre au refus de l'intéressée ou à la révocation de son consentement. Le juge doit aussi entendre les parents ou le représentant légal ainsi que « toute personne dont l'audition lui paraît utile ». Cette pratique reste très sous-évaluée et se trouve souvent associée à une forme de maltraitance des personnes concernées³¹. Dans certains autres pays européens, la situation est pire, comme le révèle la décision rendue le 12 juin 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme³². Il s'agissait de la stérilisation d'une jeune femme mineure d'origine rom, à l'issue de son accouchement, sans son consentement ni celui de ses parents. La Cour a déjà condamné ce type de pratiques de stérilisation de femmes vulnérables sans leur consentement³³ comme étant une atteinte injustifiée à leur vie privée. La stérilisation constitue une ingérence majeure dans la santé reproductive d'une personne, qui, parce qu'elle concerne de nombreux aspects relatifs à son intégrité, exige un consentement éclairé lorsque le patient est un adulte en possession de toutes ses facultés. L'absence de garanties légales lors de sa stérilisation, compte tenu de l'importance particulière que revêtait pour une femme rom sa santé reproductive, emportait violation de l'article 8.

Dans une affaire *Glass c. Royaume-Uni* du 9 mars 2004³⁴, les parents d'un enfant handicapé (les requérants) soutenaient que la décision d'administrer de la diamorphine à ce dernier contre la volonté de sa mère et celle d'inscrire un ordre de non-réanimation dans le dossier médical de l'intéressé à l'insu de sa mère avaient porté atteinte au droit du premier à l'intégrité physique et morale et aux droits de la seconde découlant de l'article 8. Il est clair toutefois que lorsqu'elle fut confrontée à la réalité

³⁰ Pour une affaire antérieure à ces nouvelles dispositions : *Gauer et autres c. France*, n° 61521/08, 23 octobre 2012. Les requérantes, cinq jeunes femmes atteintes de déficience intellectuelle, avaient subi une intervention chirurgicale visant leur stérilisation dans un but contraceptif. Elles n'avaient pas été informées de la nature de l'opération et aucune mesure n'avait été prise pour obtenir leur consentement.

³¹ Pour un rare exemple : Paris, 11 mars 2011, D. 2012.308, spéc. 316, obs. J.-C. Galoux.

³² *N.B. c. Slovaquie*, n° 29518/10, 12 juin 2012.

³³ *V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07, 8 novembre 2011.

³⁴ Préc., note 16.

de l'administration de diamorphine à son fils la mère exprima fermement et à plusieurs reprises son opposition à un traitement de ce type. Ses objections ne furent pas prises en compte. La Cour estime que la décision d'imposer un traitement à David Glass malgré les protestations de sa mère s'analyse bien en une atteinte au droit au respect de sa vie privée, et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique.

Le refus du patient de subir des soins se fonde également sur l'article 8, qu'il s'agisse de refuser des soins considérés comme nécessaires ou des soins obligatoires.

Le refus d'une vaccination imposée par le système sanitaire d'un État s'accompagne souvent d'une sanction prenant la forme d'une exclusion du système scolaire. C'est la combinaison de cette forme de sanction et de l'obligation qui conduit à une violation de la vie privée. Dans une affaire contre la République tchèque introduite le 9 janvier 2014³⁵ lorsqu'il a conditionné la possibilité pour elle de poursuivre son éducation préscolaire par l'obligation de se soumettre à la vaccination, qui constitue une ingérence dans ses droits à la vie (à la préservation de la santé) et au respect de la vie privée et qui n'est pas prévue conformément à la législation nationale et aux textes internationaux. Ainsi, l'État a violé également le droit de la requérante de bénéficier d'une éducation conforme aux convictions philosophiques de ses parents, lui faisant subir une discrimination dans l'accès à l'instruction en raison des opinions de ses parents³⁶.

La transfusion sanguine se trouve souvent refusée par des familles de Témoins de Jéhovah, de sorte que se superpose la question du respect des convictions religieuses. Dans une affaire Hoffman contre l'Autriche³⁷, la requérante reprochait à la Cour suprême d'Autriche d'avoir attribué à son ex-mari, plutôt qu'à elle-même, l'autorité parentale sur leurs enfants Martin et Sandra, en raison de son appartenance à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah. Pour conférer l'autorité parentale – revendiquée par les deux parents – à la mère plutôt qu'au père, les tribunaux autrichiens eurent à se prononcer sur le point de savoir si la première était capable de se charger de la garde et de l'éducation des enfants, s'interrogeant sur les conséquences pratiques des convictions religieuses des

³⁵ *Vavříčka c. République tchèque*, n° 3867/14, 7 septembre 2015, voir Markéta Novotná.

³⁶ Voir sur le même sujet : requête n° 47621/13, Pavel Vavříčka contre la République tchèque, introduite le 23 juillet 2013.

³⁷ N° 12875/87, 23 juin 1993, série A n° 255-C.

témoins de Jéhovah et notamment son opposition aux transfusions sanguines et, plus largement, situation de minorité sociale vivant selon ses propres règles distinctives. La Cour ne pouvant conclure à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but, elle a relevé une violation de l'article 8.

Le sujet est délicat : une proportion importante des États européens n'impose pas d'obligation vaccinale, voire prévoit un droit à l'objection de conscience, tandis que, dès 1898, le Parlement britannique en adoptant la *Vaccination Act* avait reconnu aux parents le droit de soustraire leurs enfants à la vaccination s'ils estimaient que celle-ci était inutile et/ou dangereuse. Dans l'Union européenne, l'Allemagne, l'Autriche, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Irlande, la Lituanie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, et la Suède n'ont aucune obligation vaccinale. Les autres pays imposent entre un vaccin (Belgique) et 12 pour la Lettonie. Avec 11 vaccins obligatoires, la France serait l'un des pays les plus contraignants.

Plusieurs affaires pendantes³⁸ portent sur la compatibilité de ces politiques de vaccination avec le respect de l'intégrité physique et morale des personnes qui découle de la primauté de l'être humain sur le seul intérêt de la société ou de la science. Ce respect passe par un consentement libre et éclairé de la personne avant toute intervention dans le domaine de la santé. Ces principes se trouvent repris respectivement aux articles 2 et 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo) dont la Cour européenne est également l'interprète. Le développement de la biomédecine exige avec une particulière acuité de poser des principes délimitant le pouvoir de la société sur le corps et la santé des personnes. Au siècle dernier, les gouvernements de nombreux pays, même démocratiques, ont abusé de leur pouvoir en faisant du corps des personnes un objet de leur politique, en particulier de leur politique hygiénique, raciste ou eugéniste : le souvenir de cette histoire reste vivace dans la mémoire des spécialistes et des juges des droits de l'Homme.

³⁸ *Vavříčka c. République tchèque*, préc., note 35. Affaires Brožík (requête n° 19306/15) et Dubský (requête n° 19298/15), DaRoleček (requête n° 43883/15) et Hornych (requête n° 73094/14).

B. Le respect porté au cadavre et à la dépouille de l'enfant à naître

En dépit d'une absence de définition légale du corps³⁹, le terme vise le cadavre autant que l'enveloppe corporelle de l'enfant à naître, et donc pas seulement le corps d'une personne vivante, ce que suggèrent d'ailleurs les termes : « aux différents stades de sa constitution et de son développement » de la directive européenne n° 98/44 du 6 juillet 1998 sur la protection juridique des inventions biotechnologiques. Le corps humain des articles 16 et suivants du Code civil vise le corps de l'homme « en son entier », la sphère d'intimité physique délimitée par ce que les sens perçoivent comme étant le « soi ». La CEDH entérine, implicitement, la protection de ces corps, qui ne sont pas l'enveloppe d'une personne vivante, au titre de l'article 8. Elle rejoint ainsi la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (articles 17 et suivants) et ses protocoles, qui visent à protéger la dignité, l'identité et l'intégrité de toute personne, qu'elle soit vivante ou décédée.

La Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur les deux séries d'hypothèses qui concernent la dépouille mortelle : les prélèvements d'organes *post mortem* et les sépultures. L'affaire jugée par la CEDH le 13 janvier 2015⁴⁰ illustre la première. En application d'un accord approuvé par l'État letton, des prélèvements étaient réalisés après les autopsies par les praticiens lettons et envoyés à une société pharmaceutique en Allemagne pour la création de bio-implants, le tout à l'insu des familles. La Cour de Strasbourg relève que bien que la loi lettonne expose le cadre juridique permettant aux plus proches parents d'exprimer leur consentement ou leur refus d'un prélèvement de tissus, elle ne définit pas clairement l'étendue de l'obligation ou de la latitude correspondante des experts ou des autres autorités à cet égard. La Cour note que les textes pertinents européens et internationaux à ce sujet attachent une importance particulière à l'établissement de la position des proches au travers d'investigations raisonnables. Le conjoint survivant n'a pas pu prévoir comment exercer son droit d'exprimer son souhait concernant le prélèvement de tissus sur le corps de son défunt mari. La Cour conclut que le droit letton pertinent manque de clarté et ne renferme pas des garanties juridiques suffisantes contre l'arbitraire, en violation de l'article 8. La Cour souligne

³⁹ Jean-Christophe GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », dans *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 381.

⁴⁰ *Elberte c. Lettonie*, préc., note 20.

que, dans le domaine particulier de la transplantation d'organes et de tissus, il est reconnu que le corps humain doit être traité avec respect, même après le décès : elle ajoute le respect de la dignité humaine est au cœur même de la Convention européenne⁴¹. La solution est la même pour des prélèvements effectués sur le corps d'un enfant sans le consentement de ses parents⁴².

Une violation de l'article 8 peut intervenir au stade des rites funéraires : la Cour a toujours affirmé que le respect envers les morts relève de la vie privée, ainsi qu'elle l'a déjà jugé pour un cadavre d'enfant⁴³ et même pour des cendres⁴⁴.

L'article 8 fournit également une certaine protection du corps de l'enfant à naître. L'exercice est plus délicat que dans l'hypothèse du cadavre, dans la mesure où la reconnaissance d'une telle protection ne doit pas priver la mère qui le porte de la faculté de mettre fin à sa grossesse. Dès lors, c'est bien sur le seul fondement de l'article 8 et non sur celui de l'article 2 (droit à la vie) voire de l'article 3 de la Convention que la protection se fonde. Encore, la Cour de Strasbourg prend elle le soin, dans un souci d'équilibre, d'une part de ne pas reconnaître la personnalité juridique de l'enfant à naître, d'autre part de ne pas considérer celui-ci ainsi qu'un bien et enfin, de ne pas admettre un « droit à l'avortement ».

L'interruption volontaire de grossesse n'est pas un droit. Dans une décision mettant en cause l'Irlande face à trois requérantes qui avaient été contraintes, dans des circonstances de fait différentes, de se rendre à l'étranger pour subir une IVG, la grande chambre de la CEDH apporte des imprécisions importantes⁴⁵. En substance, la grande chambre estime qu'un « État peut ne pas consacrer un droit à l'avortement pour tous motifs afin de protéger les droits de l'enfant à naître » ; elle reconnaît à l'État irlandais une large marge d'appréciation pour déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre la protection de l'enfant à naître et le droit des requérantes au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. En effet, la Cour estime qu'il n'existe pas de consensus euro-

⁴¹ Dans le même sens : *Petrova c. Lettonie*, n° 4605/05, 24 juin 2014.

⁴² *Affaire Sablina et autres c. Russie*, n° 4460/16, communiquée le 21 septembre 2016.

⁴³ *Pannullo et Forte c. France*, n° 37794/97, CEDH 2001-X.

⁴⁴ *X. c. Rep. Fed. d'Allemagne*, n° 8741/79, 10 mars 1981 ; *Ellis Poluhas Dödsbo c. Suède*, n° 61564/00, 17 janvier 2006.

⁴⁵ *A.B.C. c. Irlande*, n° 25579/05, 16 décembre 2010.

péen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, de sorte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États, de sorte que le point d'équilibre entre la protection de la vie de l'enfant et les droits de la mère relève nécessairement de la même marge d'appréciation. Davantage, l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être de la femme ne viole pas l'article 3 de la Convention (prohibition des traitements inhumains ou dégradants). La loi irlandaise prévoyant toutefois des circonstances dans lesquelles le recours à l'IVG est licite, notamment lorsque la vie de la mère se trouve menacée, la Cour condamne l'Irlande pour avoir manqué à son obligation de permettre à une femme d'établir si elle peut obtenir un avortement pour la sauvegarde de sa vie, ce qui constitue une violation de l'article 8 de la Convention.

Pendant longtemps, la Cour n'a admis au titre de la protection de la vie privée, que le droit de modifier l'inscription sur la pierre tombale d'un enfant mort-né⁴⁶ : mais pas celle de sa dépouille en tant que telle. Les mœurs évoluant vers une reconnaissance de l'humanité de cette dépouille (notamment en conséquence de l'imagerie intra-utérine qui révèle aux parents la vie du fœtus et les y sensibilise), la Cour a révisé sa position à l'occasion d'une affaire Vionnet⁴⁷. Elle y prolonge, via l'article 8 de la CEDH, la logique du respect dû à tout être humain dès le commencement de la vie. Une demanderesse d'asile en Suisse accouche d'un enfant mort-né. En état de choc, elle refuse de voir le corps de son enfant ; celui-ci est mis en bière et envoyé à la fosse commune après un transport en camionnette de livraison, sans autre cérémonie et hors la présence de sa mère. Elle saisit les juridictions helvétiques d'une plainte pour atteinte à la paix des morts et à son droit à la tenue d'une cérémonie. Déboutée, elle obtient toutefois l'autorisation que le corps de son enfant soit exhumé l'année suivante et la tenue d'une cérémonie religieuse pour ses obsèques. La Cour de Strasbourg admet la requête de la réfugiée en reconnaissant que les autorités suisses avaient commis une ingérence dans la jouissance paisible des droits garantis par l'article 8 de la Convention (protection de la vie privée et familiale), s'agissant aussi bien de l'enterrement hors de la présence de la mère et en l'absence de toute cérémonie, que du transport de la dépouille de l'enfant dans un véhicule non approprié. Le fait qu'il

⁴⁶ *Znamenskaya c. Russie*, n° 77785/01, 2 juin 2005.

⁴⁷ *Hadri-Vionnet c. Suisse*, n° 55525/00, 14 février 2008.

s'agisse ici d'un enfant mort-né et non du cadavre d'une personne juridique donne un relief supplémentaire à ce rattachement à la protection de la vie privée. Certes, ce n'est pas le corps de l'enfant mort-né qui se trouve ici protégé en tant que tel, mais les sentiments de respect qu'il inspire à ses parents, respect qui se trouve ainsi légitimé. On en déduit qu'il appartient aux États signataires de la CEDH de permettre à leurs citoyens d'organiser et de manifester ce respect lorsqu'ils le souhaitent, envers la dépouille mortelle de leur enfant comme de tout être humain, quel que soit son statut au regard de l'état civil.

L'absence de personnalité de l'enfant à naître conduit toutefois à nier l'existence corporelle des embryons surnuméraires créés dans le cadre d'une aide médicale à la procréation. «*Lasciate ogni speranza, voi che 'ntrate*» : cette mise en garde – terrible – que le *Dante* a placée aux entrées de l'enfer⁴⁸, pourrait résumer le sort des embryons congelés en vue d'une procréation lorsque le couple dont ils sont issus s'est séparé. Une femme contestait la loi britannique *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 en ce qu'elle exige le consentement des deux membres du couple pour obtenir l'implantation des embryons conçus à partir de leurs gamètes. La situation était d'autant plus aiguë que la femme avait consenti à un processus de fécondation *in vitro* en vue de prévenir une stérilité future due à une ovariectomie bilatérale. Devant le refus de son compagnon de procéder à une implantation, la loi ne laissait donc plus comme choix que la destruction des embryons et de renvoyer la requérante à sa stérilité. Le retrait du consentement du père renvoie l'embryon congelé au néant. Cette dernière saisit alors la CEDH sur les fondements croisés notamment des articles 2, et 8. La Cour de Strasbourg rejette la requête⁴⁹, ce que la Grande chambre de la CEDH a confirmé l'année suivante⁵⁰. Sur l'article 8 de la Convention, la Haute juridiction estime encore que la loi britannique, en admettant la révocation *post conceptio* du compagnon, ne le viole pas, car elle ne fait qu'interpréter les stipulations contractuelles existantes ou met en balance les intérêts en présence. En l'absence de consensus parmi les États membres (certains admettent la révocation du consentement à des étapes différentes du processus ou laissent le soin de trancher aux tribunaux) il convient de laisser une large marge d'apprécia-

⁴⁸ *Inferno*, Rome, Bonacci, 2008, canto III, v. 9.

⁴⁹ *Evans c. Royaume-Uni*, préc. note 16.

⁵⁰ CEDH, 10 avr. 2007, n° 6339/05, D. 2007.1202, obs. C. Delaporte-Carré ; *RTD civ.* 2007.295, obs. J.-P. Marguénaud, et 545, obs. J. Hauser.

tion aux États : dès lors l'admission d'une rétractation jusqu'au moment de l'implantation ne rompt pas l'équilibre exigé par l'article 8 de la Convention.

Si l'embryon n'est pas un sujet de droit « en l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux États dans ce domaine »⁵¹, il n'est pas pour autant une chose aux yeux de la Cour. La Grande chambre vient exprimer cette qualification à l'occasion d'une affaire Parillo contre Italie⁵² concernant le statut des embryons humains surnuméraires conçus *in vitro* et cryogénisés : un État peut interdire le don d'embryons humains à la recherche scientifique. La mère contestait l'interdiction que lui faisait la loi italienne de destruction des embryons humains, y compris dans le cadre de la recherche scientifique : elle mettait également en cause le statut juridique des embryons surnuméraires au regard de la CEDH et elle alléguait une violation du droit au respect de sa vie privée et familiale, ainsi que de son droit de propriété sur « ses » embryons. Sur cette dernière qualification, la Grande Chambre a rejeté l'argumentation de la requérante au motif que « les embryons humains ne sauraient être réduits à des "biens" » (§ 215). La Cour reconnaît qu'un embryon humain, même *in vitro* et ne faisant plus l'objet d'un projet parental n'est pas une chose, et que sa protection contre la destruction est légitime au nom des « droits et libertés d'autrui ». Par ailleurs, la Cour soutient que le « commencement de la vie humaine » est une « notion » susceptible d'une « pluralité de vues [...] parmi les différents États membres » (§180). Sur la question de l'atteinte à la vie privée de la mère, la Grande Chambre juge qu'il y a ingérence car, selon la Cour, les embryons représentent « une partie constitutive » de la requérante « et de son identité biologique » car ils « renferment [son] patrimoine génétique » (§158). Or, comme le disent justement plusieurs juges dans leur opinion séparée : « S'il hérite du patrimoine génétique de ses "parents" biologiques, l'embryon humain n'en est pas moins une entité séparée et distincte dès les tout premiers stades de son développement. » Toutefois l'Italie peut légitimement interdire la destruction des embryons humains afin de respecter « les droits et libertés d'autrui » – autrui étant ici les embryons humains – car elle reconnaît à chaque embryon humain la qualité de « sujet » à égalité

⁵¹ *Id.*

⁵² N° 46470/11, 27 août 2015.

avec ses géniteurs. Enfin, la Cour précise qu'elle n'entend pas se prononcer « sur le point de savoir si le mot "autrui" englobe l'embryon humain » (§ 167) car cela limiterait la licence des États de porter atteinte à leur intégrité.

En conclusion, le concept de vie privée tel qu'appliqué à la protection de l'intimité corporelle des personnes, conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à adopter des solutions pratiquement équivalentes à celles résultant d'un statut juridique propre du corps humain comme le propose par exemple le droit civil français, sous réserve de la perspective différente que procurent les deux points de départ. Un statut autonome du corps humain soumet de manière systématique chaque acte qui l'objective au contrôle de la règle de droit (notamment la question de la finalité thérapeutique); la protection offerte concept de vie privée passe par le prisme de l'intimité, dont les contours restent profondément tributaires des évolutions sociétales et du subjectivisme individuel. L'opposition entre la ductilité de la notion de vie privée et l'objectivité d'un statut « réel » du corps humain se révèle davantage encore avec les limites apportées à la protection de l'intégrité corporelle et avec l'ignorance par la CEDH, du principe de non-commercialité du corps humain.

II. Les oppositions entre la notion de vie privée et le statut civil du corps humain

La dimension corporelle du droit à la vie privée s'est transformée ces dernières années pour laisser émerger une conception plus étendue et plus libérale de l'intégrité physique. Certains ont ainsi avancé que l'atteinte à leur intégrité physique devait être autorisée dès lors que les personnes étaient libres de disposer de leur corps, même si cela avait pour conséquence la mutilation de celui-ci⁵³, voire la mort de l'intéressé⁵⁴.

Le principe général de liberté qui permet à chacun d'agir comme il l'entend (sous réserve de ne pas porter atteinte à la liberté d'autrui) peut-il impliquer le droit, pour chaque individu, de disposer librement de ses droits fondamentaux, et à ce titre décider de renoncer à de tels droits⁵⁵.

⁵³ *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, n° 21627/93, CEDH 1997-I; *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98, 23 mai 2002.

⁵⁴ *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 8; *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, CEDH 2011.

⁵⁵ Olivier DE SCHUTTER, « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », (2000) 51-23 *Northern Ireland Legal Quarterly* 481, 481 et 495.

Autrement dit, est-ce que les bénéficiaires de la CEDH peuvent refuser de se voir appliquer la protection de la Convention contre leur gré ? La Cour européenne des droits de l'Homme a répondu par l'affirmative⁵⁶ : « la faculté pour chacun de mener sa vie comme elle l'entend peut inclure la faculté de s'adonner à des activités perçues comme étant de nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »⁵⁷.

Il semble toutefois inexact d'identifier l'exercice d'un « droit négatif » à une renonciation : il s'agit en réalité du simple exercice d'une liberté « une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté (étant) inhérente à la notion de celle-ci »⁵⁸. Dès lors, être libre d'agir et se trouver garanti dans l'exercice de cette action, c'est aussi être libre de ne pas agir et être garanti dans cette inaction. Dès lors que l'article 8 de la Convention ne consacre pas le droit d'exercer une liberté mais bien le droit d'être protégé, l'objet de cette protection étant notamment l'intégrité physique en ce qu'elle est comprise dans la notion de vie privée, elle ne peut par nature référer à un « droit négatif » puisque l'existence de ce dernier ne s'explique que par la nature même de liberté.

Ainsi, le droit d'opérer des choix pour son propre corps doit bel et bien être consacré et respecté parce qu'il fait partie intégrante du « principe d'autonomie personnelle »⁵⁹, principe qui se trouve au cœur de l'interprétation de l'article 8 de la Convention. Ce concept, récent dans la jurisprudence de la CEDH, a été largement repris des droits nord-américains et notamment des cours suprêmes américaine et canadienne⁶⁰. Elle s'appuie sur une conception subjective de la dignité humaine⁶¹, qui ne connaît dès lors plus de comportement déviant par rapport à une norme sociale, à la différence d'une conception objective de la dignité dont l'une des fonctions est au contraire de limiter les effets de cette autonomie. L'autonomie personnelle débouche sur l'autonomie corporelle. Ainsi, la cour de

⁵⁶ *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 8, § 66.

⁵⁷ *Id.* § 62.

⁵⁸ *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n° 7601/76, § 52, CEDH série A55.

⁵⁹ *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., note 53, §83.

⁶⁰ E. LAGARDE, préc., note 10.

⁶¹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Le concept de dignité humaine en droit américain » dans Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Charlotte GIRARD (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de judiciarisation*, coll. « Droit et Justice », Paris, PUF, 2005.

Strasbourg est-elle passée au cours des deux dernières décennies, d'une « conception intimiste et défensive du droit au respect de la vie privée, à une conception libérale active »⁶², consacrant le droit de disposer de son corps selon son désir, dans une quête du bien-être et du bonheur. Toutefois, encore aujourd'hui, cette autonomie n'est-elle pas sans limites : les Etats peuvent en dresser, pour autant qu'ils bénéficient toujours d'une marge d'appréciation et qu'elles correspondent à des fins légitimes dans une société démocratique.

Ainsi, ce principe d'autonomie personnelle vient-il soit contredire le statut civil du corps humain en ce qu'il permet de renoncer dans une large mesure à la protection de l'intégrité corporelle (A) soit se révéler inapproprié pour contrôler les exploitations commerciales des éléments et des produits du corps humain (B).

A. La divergence relative à la liberté de disposer de son corps

Les deux principales figures de la liberté de « renoncer » à la protection de l'intégrité corporelle offerte par la loi et l'article 8 de la Convention, demeurent le transsexualisme et les pratiques sadomasochistes.

En 1992, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de la question du transsexualisme, suite au refus de la Cour de cassation d'admettre une modification d'état civil concernant le sexe d'une personne⁶³ (transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin). Pour la première fois en de telles matières, la Cour a jugé sur le fondement de l'article 8. Se souciant peu du principe d'indisponibilité des personnes invoqué par la Cour de cassation, la juridiction strasbourgeoise, comme sa mission l'y invite, part de l'individu et non de l'État. Elle estime que toute personne a droit à « un épanouissement personnel⁶⁴ », non seulement dans sa vie privée au sens strict mais également dans sa vie sociale. Elle a souligné qu'en France, de nombreux documents officiels révélaient « la discordance entre [le] sexe légal et [le] sexe apparent » d'un transsexuel (§ 59), qui apparaissait également sur les documents émanant des

⁶² E. LAGARDE, préc. note 10.

⁶³ B. c. France, n° 13343/87, 25 mars 1992 ; D. 1993.101, note J.-P. Marguénaud, 1992.323, chron. C. Lombois, et 1992.325, obs. J.-F. Renucci ; *AJDA* 1992.416, chron. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 1992.540, obs. J. Hauser ; *JCP* 1992.II.21955, note T. Garé.

⁶⁴ Notion dégagée par : *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 8, en matière d'assistance médicale au suicide.

caisses de sécurité sociale et sur les feuilles de paye. La Cour a ainsi estimé que le refus de modifier l'état civil de la requérante la plaçait quotidiennement « dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée ».

Alors que certains estimaient la question du transsexualisme définitivement tranché, l'évolution s'est poursuivie dans la direction d'un plus grand libéralisme dans l'admission de ces changements d'état civil, d'une plus grande liberté dans la disposition de son corps.

La jurisprudence française exigeait pour la modification juridique du sexe, la réunion de cinq conditions cumulatives, qui étaient de nature à rattacher la reconnaissance d'un changement de sexe au remède d'une situation pathologique et en tout cas objectivement contrôlable : existence d'un syndrome transsexuel, un traitement médico-chirurgical suivi dans un but thérapeutique, une perte du sexe anatomique d'origine, une apparence physique proche de l'autre sexe, et enfin, un comportement social correspondant à cette nouvelle apparence. La réalité du syndrome transsexuel doit être établie par une expertise judiciaire. Abandonner un tel contrôle était ouvrir la possibilité d'une modification du sexe à ce que l'on dénomme l'identité de genre. L'identité de genre se comprend comme « faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si elle est consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »⁶⁵.

Dans un arrêt du 10 mars 2015, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la Turquie pour avoir refusé à une personne transsexuelle l'accès à une intervention chirurgicale de changement de sexe, préalable selon la loi turque, à un changement juridique de son sexe. Ce refus d'accès se trouvait motivé par le fait que la loi posait comme condition à cette opération, la constatation de la stérilité de la personne. Cette condition n'est pas surprenante, car de nombreuses lois nationales la posaient encore récemment, mais la tendance générale est à son abandon, ce que n'a pas manqué de relever la juridiction strasbourgeoise. La marge

⁶⁵ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Principes de Yogyakarta*, 26 mars 2007, en ligne : http://www.yogyakartaprinciples.org/wp/wp-content/uploads/2016/08/principles_fr.pdf.

d'appréciation des Etats s'en trouve réduite: d'autant que «le droit en cause est important pour la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre intime qui lui sont reconnus». La violation de l'article 8 était dès lors acquise. Le changement de sexe est désormais démedicalisé. Il est donc permis de changer de sexe autant de fois que le permet le resenti de la personne ...

La démedicalisation de cette intervention lourde et radicale sur le corps, a conduit en France à modifier la rédaction de l'article 16-3 du Code civil en substituant à la nécessité thérapeutique autorisant l'atteinte à l'intégrité, celle de «nécessité médicale». L'introduction d'un tel critère noie les contours de la licéité de l'acte médical, du point de vue de ses finalités: «dans sa nouvelle rédaction, le principe posé à l'article 16-3 n'en est [...] plus un, car la notion de nécessité médicale est bien trop élastique pour permettre d'en cerner les critères ou les contours»⁶⁶.

Si le changement de sexe se trouve désormais facilité, encore faut-il en adopter un le Conseil de l'Europe s'est récemment penché sur cette question: le troisième sexe, le sexe neutre, semble en route et appelé des vœux du Conseil de l'Europe⁶⁷, et plusieurs pays semblent avoir déjà légiféré (notamment, l'Australie et la Nouvelle-Zélande).

Comme le précise Jean-Pierre Marguénaud⁶⁸: «L'autonomie personnelle convient parfaitement lorsqu'il s'agit de choix strictement personnels engageant exclusivement l'individu replié sur lui-même mais elle est en porte-à-faux dès que le choix implique une relation avec autrui pour pouvoir se concrétiser». L'autonomie personnelle des uns, peut-elle justifier les atteintes à l'intégrité corporelle des autres ?

Les pratiques sadomasochistes réalisées entre adultes consentants placent en opposition les principes de protection de l'intégrité corporelle et d'autonomie de la volonté. Dans une première affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait admis la condamnation d'individus pour coups et blessures volontaires, nonobstant l'invocation des disposi-

⁶⁶ D. THOUVENIN, «Les avatars de l'article 16-3, al. 1^{er} du Code civil?», *Recueil Dalloz*, 1997, 485

⁶⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, en ligne <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55cc96744>.

⁶⁸ Jean-Pierre MARGUÉNAUD, «Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps», (2009) 49-1 *Droits* 19.

tions de l'article 8 de la CEDH prônant le respect de la vie privée, estimant qu'un État n'outrepasse pas sa marge d'appréciation en protégeant les « esclaves » volontaires d'un risque réel de dommages corporels ou de blessures⁶⁹. La *ratio decidendi* avait alors retenu l'attention : « (...) l'un des rôles incontestablement dévolu à l'État est la régulation par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien. Le choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'État concerné, car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal et, d'autre part, au libre arbitre de l'individu ». En d'autres termes, la liberté sexuelle se trouve confirmée⁷⁰ mais sous réserve de la gravité des atteintes relevant de la marge d'appréciation des États. Dans une nouvelle affaire mettant en scène un magistrat et un médecin tortionnaires, avinés, et une esclave, épouse de l'un d'eux, la souffrance de cette dernière avait été extrême au point qu'elle avait demandé pitié, sans effet. Condamnés à des peines de prison, des amendes et des interdictions professionnelles en Belgique, les auteurs saisirent la Cour de Strasbourg estimant que leurs droits résultant de l'article 8 CEDH avaient été violés. Dans sa décision du 17 février 2005⁷¹, la Cour confirme que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle ». En effet, l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel dont l'autonomie personnelle est l'une des formes. Mais la Cour va beaucoup plus loin que dans son arrêt de 1997 : elle ajoute qu'entre dans cette sphère personnelle « la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour la personne. Il en résulte que le droit pénal ne peut en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles qui relèvent du libre arbitre des individus ». Deux éléments justifient l'ingérence de l'État : des « raisons particulièrement graves » et « le respect de la volonté de la victime ». La Cour conclut au caractère non disproportionné de l'ingérence de l'État en l'espèce. Ainsi, les pratiques les plus violentes et les

⁶⁹ CEDH 19 fév. 1997, D. 1998. 97, note Larralde ; *RTD civ.* 1997.1013, obs. Marguénaud.

⁷⁰ Déjà affirmée dans : *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981 ; *Norris c. Irlande*, n° 10581/83, 25 octobre 1988 et *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, 22 avril 1993.

⁷¹ *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., note 53.

plus attentatoires à l'intégrité physique et psychologique de la personne se trouvent légitimées par le consentement de la victime et par le fait qu'il s'agit de pratiques sexuelles. L'intervention des juridictions pénales dans l'affaire rapportée est davantage justifiée par le non-respect de la volonté de la victime que par la gravité des atteintes portées à son intégrité. Toutefois aucune référence n'était faite à la dignité de la personne dans ces différentes décisions sans doute par crainte d'un retour – bien improbable – à l'ordre moral. Cette notion est pourtant la seule qui puisse dresser une barrière efficace pour la protection des victimes et donner sa cohérence à l'interprétation de la Convention : ces tortures et ces traitements dégradants sont en effet condamnés au titre des articles 3 et 4 parce qu'ils sont en eux-mêmes contraires à la dignité de la personne⁷². Deviendraient-ils un droit lorsqu'elles s'exercent dans le cadre de la sexualité ?

Sur ces deux jurisprudences – transsexualisme et pratiques sado-masochistes –, les solutions s'appuyant d'une part sur le statut du corps et son principe de protection de l'intégrité corporelle, et d'autre part sur la protection de la vie privée divergent. Pour ce qui a trait aux éléments et aux produits du corps, l'article 8 n'apporte aucun soutien au principe de non-commercialisation qui constitue ce second pilier du statut civil du corps humain.

B. L'indifférence de l'article 8 CEDH à la patrimonialisation ou à la commercialisation du corps, de ses éléments et ses produits

Le principe de la non-patrimonialité du corps humain est affirmé à l'article 16-1 du Code civil : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » et précisé à l'article 16-5 : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou produits sont nulles ». L'indisponibilité du corps humain fait le pendant à l'indisponibilité de l'état des personnes. Nonobstant la vigueur de l'affirmation, le principe reste juridiquement flou. On le confond avec la non-patrimonialité et avec l'extracommercialité. Proches, ces différentes notions ne sont toutefois pas synonymes. Le législateur de 1994 a voulu signifier non seulement un principe de non-conventionalité générale du corps humain, mais il manifeste également le refus de considérer absolument le corps humain, ses éléments et ses pro-

⁷² Coups sur la plante des pieds et sur la poitrine : *Salman c. Turquie*, n° 21986/93, 27 juin 2000 ; coups de pied dans les testicules : *Rivas c. France*, n° 59584/00, 1^{er} avril 2004 ; détention en plein air, ligoté et battu : *Akdeniz c. Turquie*, n° 23954/94, 31 mai 2001.

duits comme susceptibles d'être l'objet d'un droit patrimonial, les rendant rebelles à toute conversion en monnaie ou un équivalent. Le corps, ses éléments et ses produits relèvent de l'être et non de l'avoir. Par cette prise de position, la loi condamne, en principe, la possibilité de reconnaître l'existence d'un droit réel sur le corps ou ses démembrements⁷³. Toutefois, la précision apportée par l'article 16-6 énonçant un corollaire de gratuité de ces éléments jette un certain trouble : avancer que ces objets non appropriés et non appropriables sont gratuits, est-ce proférer un truisme ou révéler un contresens sur la notion traditionnelle de patrimonialité ? La lecture des articles correspondant à la traduction de ce principe général dans le Code de la santé publique peut le laisser penser, tant ils en limitent la portée pratique. En fait, l'extracommercialité ou la non-patrimonialité des éléments ou des produits du corps humain ne les concerne, en principe, qu'au moment de leur séparation du corps et non pas, a priori, dans le cadre de leurs utilisations ultérieures. Séparés de la personne, ils peuvent circuler entre les hommes.

Le corps ne se définit pas comme la somme des éléments qui le composent : il se présente, en conséquence, comme une sorte d'universalité de fait, un facteur de cohérence biologique, agrégeant tout ce qui est nécessaire à l'intimité corporelle, « qui permet d'accueillir de nouveaux éléments et qui subsiste malgré la disparition de certaines pièces ». Dès lors que le corps humain est un « contenant », les éléments et les produits qui y ont leur siège n'accèdent à l'autonomie juridique qu'en étant séparés.

Dans quelle mesure l'individu a-t-il le droit de disposer de ces éléments et de ces produits, et d'une manière générale, de patrimonialiser son corps et ses démembrements ? L'application de l'article 8 par la CEDH nous offre des éléments de réponse avec les cellules prélevées sur l'individu, le don de gamètes et, de manière incidente la gestation pour autrui. Ces trois exemples illustrent, dans l'ordre décroissant, une même reconnaissance explicite ou implicite, de la réification de ces éléments biologiques et des insuffisances de l'article 8 à en limiter le commerce⁷⁴.

⁷³ M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », (1988) 33 *Archives de Philosophie du droit* 322 ; F. ZENATI, « Choses hors commerce », *RTD civ.* 1996.420 ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.* 2000.47.

⁷⁴ Voir, plus sceptique : Loïc ROBERT, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », (2015) 8 *Revue des droits de l'Homme*.

Dans une affaire *Van der Velden c. Pays-Bas*⁷⁵, après la condamnation du requérant pour extorsion de fonds ; le procureur a ordonné le prélèvement de matériel cellulaire du requérant – qui était alors détenu dans un établissement pénitentiaire – afin d'établir son profil ADN. Un échantillon buccal a été prélevé du requérant. Le requérant a fait objection à la décision d'établir son profil ADN et de traiter les données correspondantes, c'est-à-dire de les enregistrer dans la base nationale de données génétiques. Il a fait valoir que son profil ADN n'avait joué aucun rôle dans l'enquête sur les infractions pour lesquelles il avait été condamné. Le tribunal ayant rejeté l'objection, le requérant a fait valoir que la mesure contestée portait atteinte à l'article 8 de la Convention, car elle constituait une ingérence injustifiée dans son droit au respect de sa vie privée. La Cour européenne des droits de l'Homme a considéré qu'eu égard notamment à l'utilisation qui pourrait être faite à l'avenir des échantillons cellulaires en question, la conservation systématique de pareils éléments dépasse le champ de l'identification neutre de caractéristiques telles que des empreintes digitales et revêt un caractère suffisamment intrusif pour constituer une atteinte au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 § 1 de la Convention. Toutefois, la Cour a sans peine admis que l'établissement et la conservation du profil ADN du requérant poursuivaient les buts légitimes que constituent la prévention des infractions pénales et la protection des droits et libertés d'autrui. La Cour a cependant estimé qu'il n'est pas déraisonnable d'imposer à l'ensemble des personnes ayant été reconnues coupables d'infractions d'une certaine gravité l'obligation de se soumettre à un test ADN.

Il a donc été admis que la personne sur le corps de laquelle des échantillons biologiques sont prélevés peut légitimement en contrôler l'utilisation. La séparation de ces éléments d'avec le corps permet donc une objectivation de ceux-ci : ils sont des choses pour le droit.

Cette conclusion vaut pour toutes les affaires similaires : *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008⁷⁶ (les requérants contestaient au titre des articles 8 de la Convention la conservation par les autorités de leurs empreintes digitales, échantillons génétiques et profils ADN après leur acquittement ou l'abandon des poursuites : la Cour a jugé qu'en raison de son caractère général et indifférencié, le pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons génétiques et profils ADN des per-

⁷⁵ N° 29514/05, 7 décembre 2006.

⁷⁶ N° 30562/04 et 30566/044.

sonnes soupçonnées d'avoir commis une infraction, sans avoir été condamnées pour ces faits, tel qu'il avait été exercé à l'égard des requérants, ne mettait suffisamment en balance l'intérêt général et les intérêts privés en jeu et que l'État défendeur avait outrepassé la marge d'appréciation acceptable en matière); *Peruzzo et Martens c. Allemagne*, du 4 juin 2013⁷⁷ (réaffirmant que la collecte et la conservation d'ADN constituaient une atteinte au respect de la vie privée garanti à l'article 8, la Cour a observé que les garanties prévues par la loi en question étaient appropriées: seul le matériel ADN provenant de délinquants récidivistes ou de personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale particulièrement grave ou une atteinte à l'autodétermination sexuelle pouvait être conservé).

La solution vaut aussi pour les parties du corps prélevées lors des autopsies judiciaires: ces choses corporelles doivent être restituées aux familles qui les réclament. Plusieurs affaires similaires avaient conduit à ce que le gouvernement français fasse restituer le corps ou les organes prélevés à l'occasion d'une autopsie⁷⁸. Lorsque ces prélèvements biologiques ne sont plus nécessaires à la manifestation de la vérité, l'autorité judiciaire compétente peut ordonner leur destruction. Toutefois, sous réserve des contraintes de santé publique et lorsque ces prélèvements constituent les seuls éléments ayant permis l'identification du défunt, l'autorité judiciaire compétente devrait systématiquement autoriser leur restitution en vue d'une inhumation ou d'une crémation. Le non-respect de ces principes conduit à la violation de l'article 8.

Les décisions rendues par la Cour concernant le don de gamètes conduisent à la même qualification de choses des cellules sexuelles mais ajoutent un élément supplémentaire: celui d'une circulation possible et parfois obligatoire entre les personnes, signe de leur commercialité.

Dans une affaire *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, le requérant, détenu pour meurtre pour une peine 15 ans minimum, se vit refuser l'accès à la possibilité d'avoir une insémination artificielle en vue de lui permettre d'avoir un enfant avec son épouse dont l'âge lui laissait peu de chance de concevoir un enfant après la libération de son mari. La

⁷⁷ N° 7841/08 et 57900/12.

⁷⁸ CEDH 30 oct. 2001, n° 37794/97, *Pannullo et Forte c. France*, RTD civ. 2002.393, obs. J.-P. Marguénaud; 30 juin 2011, n° 22590/04, *Girard c. France*, retard des autorisés à restituer des prélèvements biologiques à la famille du défunt, D. 2011.1900; *Bourson c. France*, n° 44794/10, 9 octobre 2012; *Bouille c. France*, n° 46569/11, 6 mai 2014.

Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, un juste équilibre n'ayant pas été ménagé entre les intérêts privés et publics concurrents. Dans la décision *S.H. et autres c. Autriche* du 5 novembre 2011⁷⁹, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 de la part des autorités autrichiennes qui avaient refusé à deux couples autrichiens qui souhaitaient concevoir un enfant par le biais d'une FIV d'obtenir l'un un don de sperme et l'autre un don d'ovules. La Cour a relevé que, si les États européens ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, le consensus qui se dessine est encore en pleine évolution et ne repose pas sur des principes établis de longue date. Elle a toutefois souligné que les évolutions scientifiques et juridiques rapides dans le domaine de la procréation artificielle appelaient un examen permanent de la part des États contractants.

Les choses évoluent en effet. Dans une affaire communiquée le 19 janvier 2017⁸⁰, un couple de lesbiennes, par ailleurs mariées, invoquent l'article 8 de la Convention contre la France du fait que leur demande tendant à bénéficier d'une insémination artificielle a été rejetée au motif que la loi française n'autorise pas la prise en charge des couples homosexuels. Elles dénoncent une violation de leur droit au respect de leur vie privée et familiale ainsi qu'une discrimination dans l'exercice de ce droit fondée sur l'orientation sexuelle. Sur ce dernier point, elles font en particulier valoir que la situation d'un couple de femmes au regard de l'insémination artificielle est comparable à celle d'un couple hétérosexuel au sein duquel l'homme est infertile. Pourtant, dans une décision du 17 mai 2013⁸¹, le Conseil constitutionnel, examinant un grief tiré de l'inintelligibilité de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a retenu qu'il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation « a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés », que « les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe », et a conclu que « par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption

⁷⁹ N° 57813/00.

⁸⁰ *Charron et Merle-Montet c. France*, n° 22612/15, introduite le 7 mai 2015.

⁸¹ Décision n° 2013-669 DC, J.O. 17 mai 2013, § 44.

aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant [cette matière]». Il validait ainsi l'importance de l'exigence thérapeutique comme limite objective à la commercialisation des gamètes. Sera-t-il suivi par la Cour de Strasbourg. Si tel était le cas, l'article 8 confirmerait son inaptitude (ou son incapacité ?) à permettre un contrôle du développement de la biomédecine. Tel est déjà le cas avec la gestation pour autrui.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu à ce jour, quatre occasions de s'intéresser à la gestation pour autrui, en 2014⁸², 2015⁸³, 2016⁸⁴ et 2017⁸⁵.

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 avaient condamné la France, qui interdit la GPA et sanctionne les personnes qui servent d'intermédiaires de lourdes peines criminelles, en raison de l'absence de transcription sur les registres d'état civil d'un enfant né par gestation pour autrui (GPA) à l'étranger, sur la base de l'article 8 et des intérêts de l'enfant né cette GPA, en raison de l'atteinte à une vie familiale normale de cet enfant. La CEDH a de nouveau condamné la France, dans deux affaires Foulon et Bouvet, jugées le 16 juillet 2016, pour avoir refusé la transcription à l'état civil des actes de naissance de jumeaux nés en Ukraine par GPA. Dans ces deux cas, les pères avaient eu recours à une mère porteuse indienne, inscrite comme mère biologique. Tous les problèmes suscités par les GPA réalisées à l'étranger en fraude de la loi française ne sont pas pour autant résolus. Par une décision inattendue du 24 janvier 2017 qui revient sur l'arrêt du 27 janv. 2015,

⁸² *Menesson c. France*, préc., note 9 ; *Labassée c. France*, préc., note 9, D. 2014.1797, note F. Chénéde, 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, 2015.702, obs. F. Granet-Lambrechts, 755, obs. J.-C. Galloux, 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJDA* 2014.1763, chron. L. Burgogue-Larsen ; *AJ fam.* 2014.499, et 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP* 2015.1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *RTD civ.* 2014.616, obs. J. Hauser, et 835, obs. J.-P. Marguénaud, *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. Coustet.

⁸³ CEDH, 27 jan. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie* ; D. 2015.702, obs. F. Granet-Lambrechts, et 755, obs. J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2015.165, obs. E. Viganotti, et 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP* 2015.1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *RTD civ.* 2015.325, obs. J.-P. Marguénaud, *Dalloz actualité*, 10 févr. 2017, obs. V. Lefebvre.

⁸⁴ *Foulon et Boulet c. France*, n° 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016.

⁸⁵ CEDH 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, D. 2017.215, obs. P. Le Maigat et alii., chron. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017.93, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

la CEDH réunie en grande chambre a jugé que l'éloignement d'un enfant obtenu par GPA des parents d'intention et son placement en vue de son adoption ne constituent pas une violation de l'article 8. La haute juridiction, à l'inverse de la chambre, considère qu'en l'espèce, il n'y avait pas de vie familiale compte tenu du caractère illicite de la situation et de l'absence de liens biologiques entre le couple et l'enfant (du moins avec l'un d'entre eux, l'autre ayant remis son sperme pour l'insémination). Ce dernier avait été acheté 50 000 dollars à une agence de GPA russe par un couple italien ; à son arrivée en Italie, les commanditaires de la GPA s'étaient vu retirer la garde de l'enfant pour qu'il soit adopté. Elle réaffirme que l'article 8 ne garantit « ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter » et « ne protège pas le simple désir de fonder une famille ». Pour la première fois, la CEDH prend en considération, d'une part, le caractère illicite de la situation pour juger de la notion de « vie familiale » et, d'autre part, l'intérêt général des enfants et non plus seulement l'intérêt particulier d'un enfant : il s'agit de protéger aussi les enfants en général contre ces pratiques illicites. Si cette décision ne remet pas en cause les solutions exposées précédemment en matière d'inscription à l'état civil, elle modifie profondément l'analyse des pratiques de GPA et permet aux États une attitude plus ferme vis-à-vis d'elles.

Malgré cette dernière décision, pour de nombreux auteurs, la jurisprudence de la Cour, se fondant sur la protection de la vie familiale et les seuls intérêts de l'enfant, comme l'y conduit l'article 8, ignore totalement le processus de la réification de ce dernier, qui résulte du passage de l'enfant « sujet de droit » à l'enfant « objet de droit » d'un tiers. Ce n'est pas tant le corps qui est alors en cause, mais la personne même de l'enfant. Pour certains auteurs, celui-ci serait ainsi l'objet d'un contrat de vente⁸⁶.

Il est clair que dans ces hypothèses, le mécanisme de l'article 8 ne permet pas, sauf de façon très incidente, de condamner des pratiques de réification du corps ou de l'être humain. N'est-ce pas là le paradoxe de cette disposition ? À force d'exalter l'individualisme, de privilégier l'approche subjective des conduites au détriment d'une approche objective des choses (comme le propose un statut réel du corps humain), la CEDH

⁸⁶ Aude MIRKOVIC, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », D. 2012.878 ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », D. 2013.2384. Voir également Grégor PUPPINCK et Claire DE LA HOUGUE, « Paradiso et Campanelli c/Italie : la CEDH entérine une "vente d'enfant par GPA" », R.L.D.C. 2015.126.41.

L'esquisse d'un statut juridique du corps humain par la notion de vie privée

n'est-elle pas arrivée à détruire tout ce qui est inviolable et sacré, le corps, au nom du désir. Le corps n'est-il devenu sous la plume de la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'un objet de jouissance individuelle, un « bien » produisant plus ou moins des valeurs d'échange, économiques⁸⁷ ?

⁸⁷ Voir le bel article de Bernard EDELMAN, « La cour européenne des droits de l'Homme et l'Homme du marché », D. 2011.897.