

Droit civil - première année - Pr. D. Mainguy  
Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I  
FACULTE DE DROIT

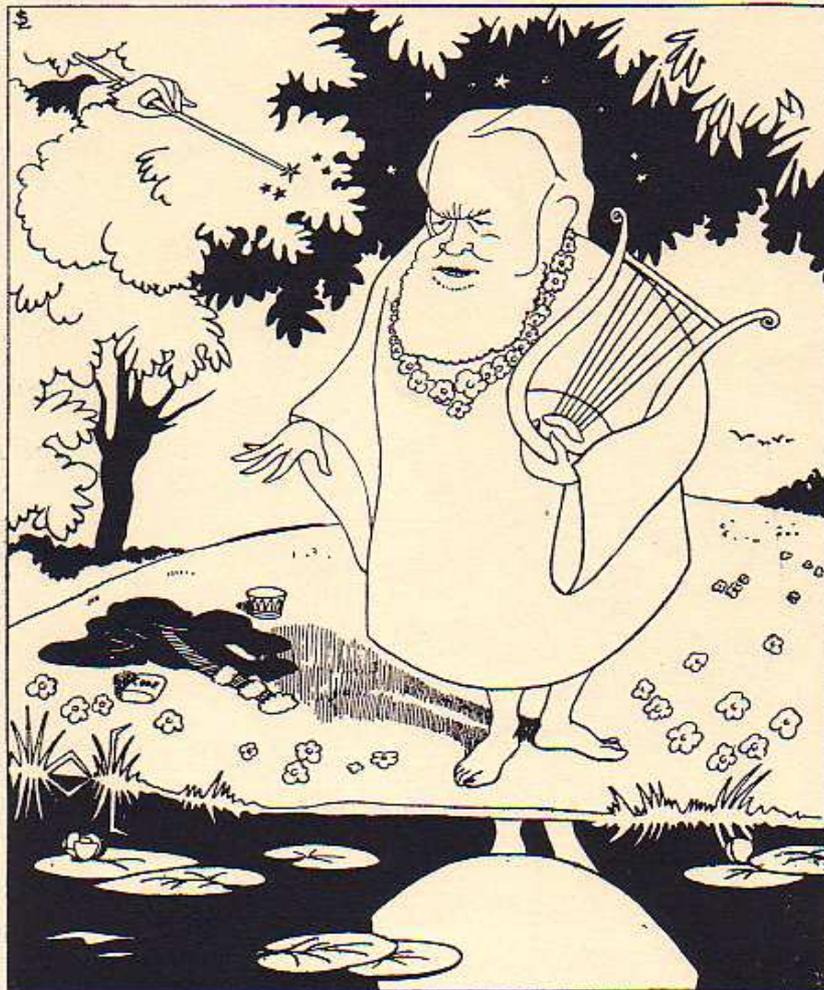
*Droit Civil, 1ère année de droit (L1) 2015–2016*

*Les personnes, la famille*

*Volume I Les personnes physiques*

**D. Mainguy**

*Professeur à la faculté de droit de Montpellier,  
Directeur du Centre de droit de la consommation et du marché*



**METAMORPHOSE**  
ou « La Révolte des fées contre le Code »

Illustration de Lucien Solanet, « Le Droit s'amuse », Les éditions des Arceaux, 1958. : E. Morin, éminent professeur à la faculté de Droit de Montpellier ici croqué avait publié en 1938 un ouvrage resté célèbre : *La révolte des faits contre le Code*.



# **DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE**

## **Présentation introductive**

Après l'introduction générale à l'étude du droit vient le temps de l'étude, plus technique, des règles du droit privé, les premières.

Celle-ci débute en première année et s'achève, en 4ème année, ou en 5ème, ... ou jamais, pour certains.

La première année de droit est, essentiellement, une année de découverte, découverte de la faculté, découverte des études supérieures, découverte de la matière...

C'est la raison pour laquelle, à la Faculté de droit de Montpellier, nous avons choisi d'étudier le droit des personnes et le droit de la famille, matières plus aisément accessibles que d'autres, comme le droit des obligations (2ème année), le droit des biens ou des contrats (3ème année), des sûretés, des régimes matrimoniaux ou des successions (4ème année).

Cette progression sera étayée par un cours photocopié, diffusé en ligne. Chacun de ces photocopiés (il y en aura vraisemblablement six) sera présenté au fur et à mesure de l'avancée du cours, sous un format pdf.

En termes de méthode, si les personnes reçoivent une certaine considération dans le Code civil, il n'en est pas de même de la famille, traitée dans le Livre I du Code civil, avec les personnes. Il est vrai que les liens entre les deux institutions sont très étroits : la famille est un groupement de personnes, le groupement de personnes par excellence (avec d'autres, comme l'association, la société) qui développe ses propres intérêts, l'intérêt de la famille, susceptible de transcender la somme des intérêts des personnes qui la composent.

L'importance de la famille se manifeste sur divers plans. Social en premier lieu, le corps de règles du Code civil étant assisté d'un Code de l'Action sociale et de la famille (CASF) en matière de protection de l'enfance, d'aides sociale, ou bien encore la question des allocations familiales. Sociétal également : si la famille dite « traditionnelle » faite de personnes mariées et avec enfant demeure une référence sinon un modèle, la famille du début du XXIème siècle est traditionnelle, éclatée, recomposée, monoparentale, homoparentale, internationale, mariés, pacsée ou en concubinage, etc. Politique : un ministère chargé des affaires familiales demeure et développe une politique de la famille, en matière sociale comme déjà vu mais encore fiscale. Juridique enfin, bien entendu, avec des conceptions de la famille qui dépendent des circonstances sociétales, de la *domus* dominée par le *pater familias* romain, au foyer, dans lequel se développent des échanges humains et financiers, soit en application de la loi (régime matrimoniaux, successions) soit sous forme de conventions, entre membres de la famille (conventions matrimoniales, libéralités) soit d'un membre de la famille qui la représente avec des tiers (logement familial, dépenses nécessaires à l'entretien de la famille, etc.).

Dans ce contexte, la personne est la base de la famille mais pas uniquement, la personne étant considérée en tant que telle, d'une part parce que des personnes peuvent nouer des relations autres que familiales, des sociétés, des contrats, des relations fondées sur des faits juridiques, mais également parce que la personne est la base des règles du droit civil, le sujet de droit, sujet de droit dont la considération est l'héritière des théories philosophiques libérales du XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle, fondement de l'individualisme philosophique, puis juridique.

La personne, sujet de droit, est l'entité à la base du développement humain et social et sa considération individuelle, indépendamment donc du groupe auquel elle pourrait appartenir (corporation, société, nation), la rend apte à être titulaire de droit : être propriétaire, contracter, ester en justice.

Les règles du Code civil ont été, après avoir été adoptées sur cette base, en 1804, globalement stables jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale, sauf quelques ajustements ou réformes, notamment pour admettre une (relative jusqu'en 1985) égalité entre hommes et femmes.

Le renouveau du droit des personnes et de la famille a commencé en 1964, sous la houlette de Jean Foyer, alors ministre de la Justice qui avait confié à Jean Carbonnier le soin de procéder aux réformes nécessaires en la matière.

Il en résulte un renouveau total, souvent objet de renouvellement depuis d'ailleurs assez ordonné jusqu'à la fin des années 1970 puis plus désorganisé et surtout double, à la considération de la personne physique comme sujet de droit, la personnalité juridique, s'étant ajoutée la considération de la personne en tant que telle, le droit de la personne humaine : l'appropriation de son corps, des éléments de son corps, les conventions ayant pour objet le corps, les éléments du corps, les expérimentations scientifiques sur le corps, etc. à la suite des grands bouleversements scientifiques d'alors, les premières FIV, l'expérimentation sur embryons, les conventions de mère porteuse, etc. mais également la considération juridique de question jusqu'alors ignorées ou tabous, l'euthanasie, le transsexualisme, etc.

Ces réformes sont, sans exhaustivité, les suivantes :

- 14 déc. 1964, réforme des tutelles
- 13 juill. 1965, réforme du mariage et des régimes matrimoniaux,
- 11 juill. 1966, réforme de l'adoption
- 3 janv. 1968, réforme des incapacités
- 4 juin 1970, réforme de l'autorité parentale
- 3 janv. 1972, réforme de la filiation
- 11 juill. 1975 réforme du divorce
- 1975, loi Veil sur l'avortement
- 28 déc. 1977, réforme de l'absence
- 22 juill. 1987, réforme de l'autorité parentale
- 8 janv. 1993, réforme de l'autorité parentale et « toilettage » général
- 29 juill. 1994 Lois bioéthique
- 5 juill. 1996 réforme de l'adoption
- 30 juin 2000, réforme des prestations compensatoires
- 3 déc. 2001 Réforme des successions ;
- 4 mars 2002, réforme du nom ;
- 18 juin 2003, Dévolution du nom de famille

26 mai 2004, réforme du divorce  
6 août 2004 réforme des lois « bioéthique » ;  
4 juill. 2005 réforme de la filiation  
23 juin 2006, réforme du droit des successions et toilettage des règles en matière de mariage, du nom, du Pacs, etc.  
2007, réforme des incapacités  
2009 nouvelle réforme de la filiation  
2013, le « mariage pour tous », etc.

Il convient d'ajouter les règles prévalant en matière de droit européen ayant pour source la Convention européenne des droits de l'homme à l'impact considérable sur le droit interne, la protection de la vie privée qu'elle promeut (conjuguée avec l'article 9 du Code civil, ou la liberté de fonder une famille, la protection constitutionnelle assurée par le conseil constitutionnel et relayé par le mécanisme de la QPC (depuis 2009 toutes les grandes réformes ou questions de droit des personnes et de la famille ont fait l'objet d'une QPC : mariage entre personnes de même sexe, inceste, GPA, etc.), les règles internationale comme le pacte international des droits civiques et politique de new York de 1966, la convention internationale sur les droits de l'enfants du 20 novembre 1989, etc.

L'évolution est considérable : en droit de la famille bien entendu, le nom de famille rompt avec une tradition séculaire d'attribution du nom du père, la famille n'est plus divisée en famille légitime et naturelle, l'autorité parentale est détachée de la garde, le divorce est simplifié à l'extrême, trop diront certains.

Mais c'est surtout le cas du droit des personnes : la révolution juridique en la matière est globalement à la hauteur de la révolution scientifique, éthique, philosophie, biologique, génétique, etc. dont les Etats généraux de la bioéthique, en 2009, ont notamment rendu compte, lesquelles dépassant le seul cadre de la bioéthique, dont la sémantique renvoie à des préoccupations de droit de la santé (peut-on breveter un gène, un procédé établi à partir d'un gène, peut-on cloner une personne humaine, peut-on réaliser des expériences sur le corps humain, sur les embryons, peut-on on vendre son corps, des parties de son corps) dont les enjeux donnent le tournis, ce sont bien des préoccupations de droit de la personne dont il s'agit.

Le droit des personnes associe désormais deux réalités :

– une première réalité, classique, s'intéresse à la personne juridique, identifiée à la personnalité juridique, laquelle identifie une conception abstraite, détachée de la personne humaine, et qui peut s'attacher à des entités non humaines (société, association, collectivité ou établissement public, organisation, internationale, etc.) et aux questions de protection de la personne notamment à travers la question de la capacité juridique et des incapacités, des mineurs et des majeurs.

– une seconde approche, beaucoup plus profonde, s'attache à la personne prise comme substance, comme réalité cellulaire, et pose la question de la considération juridique de la personne humaine, du corps humain, des éléments et des produits du corps humain, notamment depuis la loi bioéthique de 1994 révisée en 2004. L'intérêt est d'une part de lever le voile sur ce tabou juridique : le corps humain entre dans le

champ du droit civil, par la grande porte, d'ailleurs, un chapitre intitulé « Du respect du corps humain » étant intégré depuis 1994 dans le Code civil, et d'autre part, de poser les questions du rapport juridique d'une personne sur son corps et donc, celle de l'appréhension juridique du corps humain : relève-t-il du champ de la personne (donc des non-choses), des droits de la personnalité ou bien doit-on, assez logiquement et en suivant les travaux essentiels de chercheurs récents, synthétisés notamment (lorsqu'ils n'ont pas été dirigés par ceux-ci) par Frédéric Zénati et Thierry Revet (*Droit des personnes*, Puf, 2007) que la personne juridique dispose de droits sur la personne humaine, alors considérer comme objet de droit et, allant plus loin comme une chose, mais une chose bizarre, extraordinaire, une chose humaine au régime particulier ? Telle sera l'une de l'appréhension de ce cours, non pas la seule, mais assurément la plus essentielle.

« *Tout le monde il est beau* » (Zazie, artiste interprète)  
« *Tout le monde il beau, tout le monde il est gentil* » (Jean Yanne, Cinéaste)  
« *Ce billet que voici*  
*Ne peut pas t'accorder une goutte de sang ;*  
« *Une livre de chair* », *ce sont les propres termes,*  
*Tiens-t-en à ton billet, prends ta livre de chair,*  
*Mais si en la coupant, tu verses une seule*  
*Goutte de sang chrétien, tes terres et tes biens*  
*Devront être, en vertu des lois de la cité,*  
*Confisqués au profit de l'Etat de Venise »*  
(W. Shakespeare, *Le marchand de Venise*, IV, 1, 12)

## **PARTIE I - LES PERSONNES ET LES INCAPACITES**

Les personnes sont les sujets de droit, les sujets du droit et, à ce titre, les unités élémentaires du droit. On présente cela généralement comme une évidence alors qu'il s'agit de l'une des plus grandes avancées de ces trois cent dernières années : l'irruption de la souveraineté de l'homme sur sa propre personne pour les lumières écossaises, Hobbes en particulier, avec plusieurs types de réponse, celle, individualiste et libérale, fondée sur les passions et les intérêts, de la guerre entre des hommes libres et égaux doués d'une égale capacité à avoir des désirs et d'une égale capacité à pouvoirs les satisfaire, en appelant pour résoudre ce conflit au Leviathan, le Monarque absolu, ou bien au contraire, celle de Locke fondée sur la coopération, rendue possible par l'apport de Hume et le dilemme du prisonnier, l'ensemble fondant très largement l'essentiel de la philosophie libérale, jusqu'à John Rawls, ou bien au contraire fondée sur les vertus, incarnées dans la République et le contrat social de Rousseau.

Le sujet de droit donc, en une conception dynamique de la personne : une entité douée d'intérêts capable de conclure des contrats et de s'insérer dans le commerce juridique, seules des personnes pouvant s'adonner au commerce juridique (être propriétaire, contracter, ester en justice) lequel a pour objet essentiellement (et en principe) des choses, c'est-à-dire des non-personnes. Les personnes sont en effet opposées aux choses, comme nous l'avons déjà étudié.

Etre une *PERSONNE*, c'est en principe être apte à être titulaire de droits, c'est disposer de la personnalité juridique (Titre 1). C'est ce que nous étudierons dans un Titre premier ; être une personne capable ou incapable, c'est ce que nous verrons ensuite à travers la question de la i (Titre2).

**1<sup>ère</sup> remarque :** la personne ainsi considérée relève d'une conception abstraite, détachée de la réalité humaine de la personne. La personnalité juridique peut ainsi ne pas être reconnue à une personne humaine, comme ce fut le cas de l'esclavage, reconnu en France jusqu'en 1848 et comme c'est encore le cas dans certains pays du monde, par la mort civile (cf. infra), ou bien encore par la reconnaissance de la personnalité juridique à des fictions comme des sociétés, des associations, des « personnes » publiques, des collectivités locales, des établissements publics, des organisations internationales, etc.

Sur cette considération, se développent des règles qui ont longtemps été l'essentiel des règles du droit des personnes fondées sur l'identification des personnes, l'action des personnes (les droits et liberté, liberté d'information, protection de la vie privée, etc.) ou leur protection. La faculté d'une personne d'être un sujet de droit peut parfois en effet être amoindrie ou paralysée par une inaptitude à exercer les droits dont on est titulaire. Cet amoindrissement ou cette paralysie feront l'objet du *Titre second* consacré aux *INCAPACITES*.

L'ensemble constitue ce que l'on appelle traditionnellement **le droit des personnes**, dont le Code civil fut, en 1804, le premier grand système de régulation. Auparavant, la personne humaine était peut-être l'objet d'attentions juridiques, mais pas avec autant d'assiduité et surtout, en 1804, le droit des personnes devient un *droit civil des personnes*, entendons un droit étatique, nationalisé, des personnes. Comparons un système de droit civil, le nôtre, et un système de droit non civil, religieux notamment comme il est pratiqué dans nombre de pays arabes, le cas du Liban étant symptomatique. Une personne est tout à la fois titulaire d'une citoyenneté, libanaise, et confessionnelle, maronite, grecque catholique, grecque orthodoxe, arménienne, catholique, protestant, druze, chiite, sunnite, etc. Chaque confession propose alors son propre système juridique assurant les règles au mariage, aux incapacités, à la filiation, fondant ce que l'on appelle *le statut personnel*, ce qui emporte des difficultés particulières en cas de rapports interconfessionnels : quelle règle s'applique, quelle juridiction (ecclésiastique) est compétente, etc. Un système de droit, tel que le droit français en assure le modèle est donc, tout à la fois une exigence laïque et d'ordre public en raison des principes qui sous-tendent le droit civil : le droit civil est en premier garanti par l'Etat, un Etat démocratique, il assure l'égalité civile et reconnaît la personnalité juridique à tous.

**2<sup>ème</sup> remarque :** le droit des personnes s'enrichit d'une considération, nouvelle sur l'être, la personne en tant que telle, en tant que personne humaine, le corps humain, son appropriation le statut du génome, les expériences génétiques, la biopharmacie, la bioéthique, les conventions sur les éléments du corps humain, mais aussi La question, aujourd'hui, les passions nouées autour d'une réforme quelconque en la matière, qu'il s'agisse de bioéthique, d'avortement, de nationalité (question que

nous n'aborderons pas cette année), montrent que l'enjeu d'une telle « nationalisation » du droit civil n'est pas neutre.

## **TITRE I - LES PERSONNES**

La fresque de Michel Ange qui orne le plafond de la Chapelle Sixtine – les doigts tendus de Dieu et d’Adam – à Rome est censée exprimer l’origine divine de la personne humaine. De façon totalement inverse, Aldous Huxley, dans *Le meilleur des mondes*, montre l’horreur et la bêtise d’une civilisation totalement différente de la nôtre : Dieu y est remplacé par Henri Ford, le machinisme, la productivité, l’organisation étant les standards des règles, les hommes sont distingués en catégories : les alpha +, les alpha, les bêta, etc, jusqu’à les epsilon sortes de gnomes esclaves, mi animaux mi humains, par sélection à la gestation, artificielle bien entendu, toute idée de reproduction humaine étant bannie.

Le droit des personnes est en effet totalement tributaire du choix de société réalisé : un système subjectif, fondé sur la personne comme sujet de droit, et les relations nouées autour de la personne.

Dans notre système juridique, les personnes sont les sujets de droits, les seuls sujets de droit. En même temps, toutes les personnes sont des sujets de droit. Jusqu’en 1848 pourtant, en France, et ailleurs dans bien des pays (aux Etats-Unis jusqu’à la fin de la guerre de sécession, dans d’autres bien après), l’homme pouvait être une non personne, c’est-à-dire une chose, par l’esclavage.

La déclaration universelle des droits de l’homme de 1948 bannit aujourd’hui, par son article 6, l’esclavage, en proclamant que « chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

Par conséquent, le système juridique français propose une distinction fondamentale entre les personnes, qui sont titulaires de droits, des sujets de droit, et les « non personnes », qui sont des choses, et qui sont susceptibles d’être l’objet de droits par les personnes, droit de propriété par exemple mais pas exclusivement (non droit de propriété par exemple pour le corps humain).

Cette distinction est une distinction fondée sur l’utilité du droit : le droit est un outil humain, pour les humains, permettant de développer l’ensemble des activités humaines.

Elle est également fondée sur une conception sacrée de la personne, où le sacré, qu'il soit considéré comme d'essence religieuse, ou simplement philosophique, repose sur l'extraordinaire originalité de l'homme sur la terre, dans l'univers.

Aujourd'hui, la question est sinon remise en cause, du moins discutée, avec des débats sur la personnalité juridique des animaux, voire de certaines choses. Il est parfaitement évident que le droit peut parfaitement étendre la personnalité juridique à d'autres entités que la personne humaine, c'est le cas des personnes morales, qui peuvent être des groupements de biens ou de personnes, voire ce certaines animaux, dans d'autres droits ou cultures, empruntant à d'autres sacrés (les vaches sacrées ou les dauphins en Inde par exemple), la question des choses sacrées (un arbre-personne, une montagne, un volcan) voire d'ensemble de choses dans la question du « patrimoine commun de l'humanité » (qui en réalité ne fait que déplacer la question de la propriété).

Le statut de l'animal est d'être une chose. Si l'animal peut faire l'objet d'une protection légale, il n'est pas sujet de droit et ne peut avoir de droits : l'animal est comme les choses inanimées, une chose, un objet (voir J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, Préf. Cl. Lombois, PUF 1992 ; *La personnalité juridique des animaux*, D. 1998, Chron., p. 205 ; *La protection du lien d'affection envers un animal*, D. 2004, Chron., p. 3009, *Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu*, D. 2010, Chron. p. 816 ; S. Antoine, *L'animal et le droit des biens*, D. 2003, chron., p. 2651 ; A.-M. Sohm-Bourgeois, *La personnification de l'animal : une tentation à repousser*, D. 1990, chron., p. 33 ; R. Libchaber, *Perspectives sur la situation juridique de l'animal*, RTD civ. 2001, p. 239, *La souffrance et les droits, à propos d'un statut juridique de l'animal*, D. 2014, Chron., p.380, F. Ringel et E. Putman, *L'animal aimé par le droit*, RRJ 1995, n° 1, p. 45, D. Mainguy, *Ranger l'homme en droit animal*, in E. de Mari et D. Taurisson-Mouret (dir.), *L'impact de la norme en milieu contraint, exemples de droit colonial et analogies contemporaines, « Ranger l'animal »* Victoire Editions, 2014, p. 148).

Cela étant, il n'en résulte pas que l'animal ne soit pas au centre d'un ensemble de règles particulières, comme de nombreuses règles du Code rural, ou de règles de protection, par exemple par la sanction des mauvais traitements infligés à un animal, avec la fameuse exception des corridas (C. pén. art. 521-1, R. 654-1, R. 655-1). Mais ce ne sont pas des droits, subjectifs, reconnus à un animal. Ce sont des limitations, juridiquement encadrées et pénalement sanctionnées, aux droits dont une personne, comme propriétaire, dispose sur un animal. Ainsi, un animal ne dispose pas de droits, on ne peut lui faire une donation, il ne dispose d'aucun élément de la personnalité juridique, s'il cause un dommage c'est son propriétaire ou son gardien qui en est responsable (C. civ., art. 1385).

Un mouvement se dessine pourtant, en droit français comme ailleurs pour reconnaître aux animaux, soit la qualité de personne, soit la qualité de chose particulière, à travers la notion « d'être vivant douée de sensibilité » du fait de sa capacité à éprouver es émotions. C'est le résultat de la loi du 16 février 2015 qui a créé en ce sens un nouvel article 515-15 du Code civil : « les animaux sont des êtres

vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

« Soumis au régime des biens » : la loi nouvelle laisse supposer que les animaux ne sont plus des biens, des biens meubles. Ainsi, l'article 522 considère que les animaux ne sont plus meubles ou immeubles, mais « soumis au régime des immeubles ».

De même, des choses particulières, « l'environnement », la « nature », le « littoral » la « mer », bénéficient d'une protection, d'origine nationale, européenne ou internationale, mais pour autant, le végétal, le minéral, des choses mêmes ne sont pas des sujets de droits, ils ne sont pas des personnes.

Une conception « post-moderne » du droit pourrait chercher à « déconstruire » le sacré entourant la personne, et le sacré juridique, attaché à la notion de personne.

Est ainsi vérifiée la *summa divisio* fondamentale entre les personnes, sujets de droit, et les choses, objets de droit.

Quand il dénombre les sujets de droit, le Droit civil reconnaît chacun d'entre nous en tant que personne humaine et, mieux, en tant que **PERSONNES PHYSIQUES** (SOUS-TITRE I). Mais le Droit reconnaît également les sociétés, les associations, les syndicats : ce sont les **PERSONNES MORALES** (SOUS-TITRE II).

## **SOUS-TITRE I - LES PERSONNES PHYSIQUES**

Nous avons le sentiment que du seul fait que nous vivons, nous disposons de *droits inhérents* à tout être humain; en ce sens, nous disposerions tous des mêmes droits, nous serions tous égaux en droit.

Mais, dans le même temps, nous éprouvons aussi le sentiment que chacun est *unique* et que chaque être est différent en considérant son âge, son sexe, sa famille, sa nationalité, sa profession.

Le statut juridique que le Droit civil donne aux personnes physiques reflète cette dualité.

- Sous certains rapports, tous les êtres sont semblables : les personnes ont, sous le couvert de l'égalité civile, la même personnalité juridique.

- Sous d'autres rapports, le droit consacre une distinction civile des personnes en réglementant leur identité : chaque individu est dans une situation propre qui constitue son état-civil.

- Surtout, sous un rapport totalement nouveau, les personnes sont unique en tant que personne humaine et développe un rapport, juridique, sur leur propre corps, original et en cours d'élaboration, à l'intersection entre la philosophie, la morale, la sciences, l'économie...et le droit qui fusionne tout ces intérêts pour fonder les règles du **droit de la personne humaine**.

Nous étudierons dans un premier temps la *PERSONNALITE JURIDIQUE* et l'égalité civile (Chapitre 1), dans un second temps *L'IDENTITE JURIDIQUE ET L'ETAT CIVIL* (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 - LA PERSONNALITE JURIDIQUE ET LA PERSONNE HUMAINE**

Le principe fondamental premier en droit civil est celui de **l'égalité civile** proclamé par l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « tous les hommes naissent libres et égaux en droit » mais également celui de la souveraineté d'une personne sur elle-même qui fonde le principe, ancien, de l'assise des droits et libertés des personnes sujet de droit, mais également le principe, nouveau de la *considération de la personne humaine*.

Cette égalité juridique est virtuelle, ou plus exactement, simplement juridique : elle n'a pas pour fonction d'assurer concrètement à tous la jouissance des mêmes avantages économiques ou de la même position sociale. L'égalité civile n'est donc pas une égalité économique ou sociale.

Dire que tous les individus sont égaux en droit signifie que tous sont des personnes juridiques dont l'existence doit être mesurée (étant entendu qu'il aurait été possible de développer ici, une présentation générale de la personne, qu'elle soit physique ou morale, puisqu'il s'agit essentiellement de baliser le champ de la personnalité juridique, donnée abstraite commune aux deux institutions) (Section 1), que tous les être humains bénéficient, en tant que tels, d'une certaine protection et surtout d'une considération (Section 2).

### **SECTION 1 - L'EXISTENCE DE LA PERSONNE**

A première vue, la personnalité juridique apparaît avec le début de la personnalité juridique, dont la *naissance*, (§ 1) et disparaît avec la *mort* (§ 2).

A plusieurs égards, ce n'est qu'une approximation notamment parce qu'il y a un état d'incertitude entre la vie et la mort : *les doutes sur l'existence de la personne* : l'absence et la *disparition* (§ 3).

#### **§ 1 – LE DEBUT DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE**

La personnalité commence avec la naissance et s'achève avec la mort. Ce principe est connu (I), il rencontre cependant des limites et surtout bien des difficultés d'application (II), la question étant dominée par les conséquences de la personnalité juridique, la possibilité de disposer d'un patrimoine, de succéder, ce qui suppose une certaine autonomie physique, en premier, de conscience ou de discernement en second, question qui relève du traitement de la capacité et des incapacités (cf. infra).

#### **I – LE PRINCIPE : LA NAISSANCE**

##### **A – Enoncé du principe**

En principe, tout homme acquiert la personnalité juridique par le seul fait de sa naissance. La naissance est donc juridiquement distinguée de la procréation,

laquelle ne fait pas apparaître la personne, au sens juridique du terme, en serait-ce que parce que l'embryon, le fœtus, l'enfant à naître ne sont pas distingués du corps de la mère.

Aussi la naissance doit être *déclarée* à la mairie du lieu d'accouchement dans les *trois* jours de celui-ci (art.55 C.civ.). La charge en incombe au père ; en pratique celui-ci, nanti d'un document attestant la naissance de l'enfant réalisé par la sage-femme qui a assisté la mère, se présente en mairie (art.56 C.civ.).

L'officier d'état civil dresse l'acte de naissance. Dans cet acte de naissance, il n'est pas obligatoire d'indiquer le nom du père ni celui de la mère. Ces indications, quand elles seront faites produiront des conséquences importantes au plan de la filiation (art.57 C.civ.).

## **B – Conditions d'application du principe**

Pour être une personne, l'enfant doit naître *vivant et viable*.

Les enfants morts-nés ou nés vivants mais non viables ne sont pas des personnes (ex. art. 725-2° C.civ.). L'article 725 dispose en effet, dans sa rédaction datant de la loi du 3 décembre 2001 que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

L'article 318 du Code civil (ancien art. 311-4) du Code civil pose de façon plus générale que « *aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable* ».

Un enfant naît *vivant* lorsqu'à sa naissance il respire complètement. La *viabilité* est la capacité naturelle de vivre. Le pouvoir d'appréciation de ces qualités est laissée au médecin.

Toutefois, la considération, ne serait-ce que de la souffrance morale, de la mère qui met au monde un enfant mort-né, et surtout en 1804 où la mortalité infantile était considérable de l'ordre de 300/1000 (et de l'ordre de 4/1000 aujourd'hui, contre 50/1000 dans les années 1950) a conduit à admettre l'acte de présentation d'une enfant sans vie, dès 1806, solution reprise dans la loi du 8 janv. 1993 (C. civ., art. 79-1, al.2), hors l'hypothèses d'interruption précoces de grossesse, volontaire (par IVG) ou spontanées (par une fausse couche). Quelles en sont les conditions ? On admettait, sur la base d'une directive de l'OMS, un délai, 22 semaines et un poids, 500g, solutions reprises dans une circulaire de 1993, jusqu'à trois arrêts, très discutés, du 6 février 2008 (06-16498, 06-16499, 06-16500, JCP, 2008, II, 10045) qui a admis qu'un tel acte, dans l'article 79-1, al. 2 ne supposait pas une condition particulière de développement de l'« enfant » sans vie (les guillemets se justifient pour ne pas confondre la notion d'enfant, qui suppose l'existence d'une personne, et l'« enfant sans vie » qui n'a pas accédé à la considération de la personne juridique). Depuis, l'acte de présentation d'une enfant sans vie est possible pour des accouchements

spontanées ou résultant d'un IVG provoqué pour des raisons médicales des IVG qui ne le permettent pas.

**Exemple 1.**– Les médecins estiment certaine la non viabilité pour un enfant hydrocéphale (présence d'une trop grande quantité de liquide céphalo-rachidien dans le cerveau). Le pouvoir ainsi conféré à la médecine est redoutable.

**Exemple 2.** – Une femme enceinte apprenant la mort de son mari accouche subitement. L'enfant, né vivant, décède peu après.

- Si l'enfant était viable : il a hérité, un court instant, de son père. A la mort de l'enfant, c'est la mère qui, à son tour, hérite.
- L'enfant n'est pas né viable. Il n'a jamais hérité, l'héritage du père va aux parents du mari. C'est à celui qui conteste la personnalité d'un enfant rapidement décédé de démontrer que celui-ci n'était pas né viable.

**Exemple 3.** – Une femme décède en mettant au monde un enfant :

- L'enfant n'est pas viable, il n'a pas hérité, les autres enfants ou les parents de la mère héritent de celle-ci.
- L'enfant est né viable, il a hérité de la mère, il décède peu après, son père hérite de l'enfant.

## II – LES LIMITES ET DIFFICULTES D'APPLICATION

**Infans conceptus...** Selon un adage, dont les articles 725 et 906 du Code civil s'inspirent, l'enfant est réputé né du jour de sa conception s'il y trouve un intérêt, intérêt successoral notamment : « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ».

L'article 725 et 906 posent cependant une condition à l'application des règles du droit civil à l'enfant simplement conçu, il faut en effet qu'il naisse vivant et viable.

### Conséquences :

- L'enfant peut recueillir une succession qui s'est ouverte pendant sa gestation, avant sa naissance (art.725 C.civ.).
- Il en va de même pour les donations et les legs (art.906 C.civ.).
- Si l'enfant est un enfant naturel (c'est-à-dire que les parents de l'enfant ne sont pas mariés), il peut être reconnu par son père ou sa mère avant sa naissance.

Bien plus, la loi va parfois au-delà de l'adage. Ainsi la loi du 13 juillet 1930 permet de contracter une assurance sur la vie au bénéfice de l'enfant à naître et qui n'est pas encore conçu (art. L.132-8 al.3; v. Cass. civ. I, 10 déc. 1985, D.1987, p.449). Mais c'est une exception.

Autre est la question du statut de l'embryon ou du fœtus, qui relève de la considération de la personne (cf. infra, Section 2).

## **§ 2 – LA FIN DE LA PERSONNE PHYSIQUE : LA MORT**

La personnalité juridique cesse avec la mort, puisque la personne prise en tant que sujet de droit douée d'intérêts, cesse avec le décès de cette personne.

Le droit français ne connaît plus la « mort civile » abolie par une loi du 31 mai 1854, qui frappait les condamnés à de lourdes peines. Les « morts civils », bien que vivants, étaient dépourvus de toute personnalité juridique. Ils n'étaient plus sujets de droit (religieux prononçant des vœux perpétuels, condamnés à des peines afflictives et infamantes). Par conséquent, ils étaient déchus de toute capacité juridique, d'exercice et de jouissance, et une succession s'ouvrait, comme en cas de décès « physique ».

Désormais, tout homme conserve sa personnalité jusqu'à sa mort physique, médicale. L'article 718 du Code civil ne connaît plus que le décès comme cause d'ouverture d'une succession. La personnalité juridique dure autant que la vie et les conséquences juridiques d'un décès sont très importantes : dissolution d'un régime matrimonial, si la personne décédée, le *de cuius* (ce qui vient de la locution *de cuius successionis*, de la personne dont on succède, dans le vocabulaire du droit des successions), était mariée, dévolution de ses biens par l'effet d'une succession ou de l'effet des libéralités, rupture des contrats conclus *intuitu personae* (en considération de la personne, Cf. M. Béhar-Touchais, *Le décès du contractant*, LGDJ, 1988), notamment.

S'agissant alors de la seule mort naturelle, celle-ci soulève des problèmes qui tiennent à sa preuve (I) et à ses effets (II).

### **I - LA PREUVE DE LA MORT**

Le décès médicalement constaté, doit être déclaré à l'officier de l'état civil.

Puis, comme la naissance, la mort doit être constatée dans un acte de décès dressé par un officier d'état civil (de la commune où a eu lieu le décès, art.78 C.civ.).

Mais pour que soit dressé un acte de décès, encore faut-il :

**1.** – Qu'il y ait eu vie : si un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée :

– Si un certificat médical atteste que l'enfant était né vivant et viable (en précisant ses jours et heures de naissance et de décès), l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès (C.civ. art.79-1 al.1).

– A défaut, il dresse un acte d'enfant sans vie, inscrit à sa date sur les registres de décès et ne préjugeant pas de savoir si l'enfant a vécu ou non; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur cette question, dans les conditions déjà vues.

**2.** – Qu'il y ait un corps, un cadavre : si le corps du défunt, bien que le décès soit certain, n'a pu être retrouvé, un acte de décès ne saurait être rédigé. Un jugement déclaratif de décès, rendu par le tribunal de grande instance (si la mort s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité de la France, le tribunal compétent est celui du lieu où la mort s'est produite; à défaut, compétence appartient, en principe, au tribunal du domicile ou de la dernière résidence du défunt, C.civ. art.89) à la demande du ministère public ou de tout intéressé - hériter notamment -, en tiendra lieu (C.civ. art.88 al.3).

**3.** – Qu'il y ait mort, ce qui est un tabou juridique, non défini par la loi et qui, pour la Cour de cassation, est une question de fait laissé à l'appréciation des juges du fond (donc aux médecins). Le sens commun y voit un arrêt du cœur qu'un simple examen clinique permet de constater, sans donc qu'il soit nécessaire qu'il résulte d'un constat médical (non nécessaire d'ailleurs pour déclarer un décès). Cependant, l'arrêt cardiaque est un signal physique de la mort et non la mort elle-même, laquelle résulte de l'arrêt des fonctions cérébrales.

L'évolution des sciences médicales permet en effet de rendre délicate la constatation de la mort. Aussi, la définition de la mort fait l'objet d'une réglementation qui propose une définition (CSP art. R. 1232-1), pris pour permettre le « prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques ».

Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, trois des quatre critères suivants doivent être observés pour qu'un constat de décès soit effectué :

- absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée
- abolition de tous les réflexes du tronc cérébral
- absence totale de ventilation spontanée
- examen précis pour vérifier le caractère irréversible de la destruction encéphalique.

La question est notamment essentielle pour régler, bien entendu, la question de la mort elle-même, mais également, celle des prélèvements d'organes, question sensible, réglée par les lois bioéthiques de 1994 et 2004 (cf. infra, n° ). Le prélèvement, possible pour des raisons scientifiques ou thérapeutiques suppose que la personne décédée n'ait pas fait, de son vivant, connaître son

refus d'un tel prélèvement (CSP, art. L. 1232-1). Une présomption de consentement s'impose donc, sauf si la personne est un mineur, où des autorisations expresses sont demandées des titulaires de l'autorité parentale.

## **II - LES EFFETS DE LA MORT**

La mort entraîne en principe la disparition de la personnalité du défunt. Que deviennent alors les droits et actions attachés à la personne du *de cuius* dont celui-ci était le titulaire, le sujet :

– Certains disparaissent : ce sont les droits viagers (ex. : l'usufruit).

– Mais la plupart des droits du défunt survivent à ce décès : ils sont transmis *par succession* aux héritiers (droit de propriété, droit de créance et dettes). Les héritiers sont les continuateurs de la personnalité du défunt.

– D'autre part, bien que la personnalité disparaisse au décès, elle peut encore produire certains effets ultérieurs (c'est ce qui explique l'effet obligatoire du *testament* qui par hypothèse ne prend effet qu'au décès du testateur).

C'est notamment le cas de certains droits de la personnalité. Ainsi le droit d'auteur survit pendant 70 ans, au profit de ses héritiers, au décès de l'auteur, tandis que le droit moral de l'auteur est imprescriptible. De même certains droits demeurent (ou naissent) comme le droit au respect du corps de la personne humaine, comme le tribunal de grande Instance de Paris l'avait admis à la suite de la publication de la photographie de la dépouille de F. Mitterrand (TGI Paris, 13 juill. 1997, D. 1997, p. 255), par ailleurs pénalement sanctionné (atteinte à l'intégrité d'un cadavre, C. pén., art. 225-17, al. 1er, outrage à la mémoire des morts, L. 29 juill. 1881, art. 34) et qui a fait l'objet d'une règle nouvelle, à l'occasion de l'affaire Our Body, par une loi de 2008 introduisant un article 16-1-1 dans le Code civil « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les centres, de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

De même les funérailles sont réglementées, par une loi du 15 novembre 1887 (art. 3) en permettant à une personne de régler, de son vivant, ses funérailles, son caractère religieux ou civil, le mode de sépulture, etc. A défaut, c'est la famille d'en décider, et en cas de conflit, ce sont les tribunaux qui disposent du pouvoir de le décider.

Enfin, les sépultures sont des protégées, par la violation ou la profanation de sépultures (tombeaux, urnes, monuments (C. pén., art. 225-17)). En droit civil, les tombeaux ou concessions funéraires sont hors du commerce, ce qui signifie qu'elles ne peuvent être vendues ou saisies. Toutefois, les personnes titulaires d'une concession funéraire peuvent décider quelles personnes pourront être inhumées à ses côtés (ce qui en pratique n'est quasiment jamais fait).

### **§ 3 – LES DOUTES SUR L'EXISTENCE DE LA PERSONNE :**

## **L'ABSENCE ET LA DISPARITION**

Le décès emporte la disparition de la personne mais, demeure une incertitude lorsqu'une personne a physiquement disparu.

L'hypothèse est la suivante : une personne disparaît, un beau jour, sans qu'on sache avec certitude si elle est ou non décédée. Ce peut être une **absence**, une personne qui, tout d'un coup n'est plus présente sans que l'on puisse savoir ce qu'elle est devenue, partie, enlevée, décédée accidentellement, nul ne le sait. Ce peut être une **disparition** la personne n'est plus présente mais il y a une forte présomption qu'elle soit décédée. On évoque bien entendu le cas des disparitions d'enfants mais bien des adultes disparaissent également ; c'est également le cas de disparitions accidentelles. A l'occasion d'une catastrophe climatique ou du crash d'un avion, voire de situations ordinaires de la vie courante, des personnes ont disparu.

Quelle est alors la situation de la personne qui est ainsi absente ou disparue ? Que deviendra son patrimoine ? Son conjoint peut-il se remarier ?

La solution est différente selon le degré de certitude du décès et le droit français connaît deux régimes : celui de *L'ABSENCE* (I) et celui de *LA DISPARITION* (II), dans un ordre croissant de vraisemblance de mort.

### **I - L'ABSENCE**

L'absence est l'état dans lequel se trouve un individu dont on ne sait pas s'il est vivant ou mort. C'est celui qui annonce qu'il descend chercher un journal (on disait autrefois des cigarettes) et qui ne rentre pas chez lui. Est-il parti avec une autre femme (cf. *Le bonheur est dans le pré*, d'Etienne Chatiliez, 1995), s'est-il engagé dans la Légion étrangère pour échapper à on ne sait quel destin, a-t-il été enlevé par des terroristes martiens, a-t-il été victime d'un accident, hospitalisé et amnésique ?

Le mystère de cette absence, de cette non-présence, est précisément encadré par la loi. Seuls les non-présents sont visés : on peut être absent physiquement, parce que parti pour un long voyage, mais présent juridiquement car on sait où est cette personne (à moins qu'elle ne subisse un accident : elle sera alors disparue, c'est le cas des voyages en mer par exemple, ce qui complique l'analyse).

Le régime de l'absence avait été soigneusement prévu par le Code civil de 1804 en raison des troubles révolutionnaires, des séquestrations abusives, des tueries, des émigrations rapides de la noblesse, etc.

Le régime de l'absence a été modifié par la loi du 28 décembre 1977 : C. civ., art. 112 à 132, au sein d'un Titre du Code civil particulier, intitulé « Des absents », et non au sein des dispositions relatives au décès comme c'est le cas de l'institution de la disparition.

L'article 112 précise que l'absence est caractérisée « lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de

nouvelles » C. civ., art. 112). Les règles du Code civil proposent alors les techniques de prise en compte des affaires de l'absent, en un régime organisé en deux étapes successives et constatées par le juge : la présomption d'absence dure dix ans (A) puis la déclaration d'absence (B).

### **A - La présomption d'absence**

La présomption d'absence est une présomption de vie. On suppose que l'absent est vivant, même si on ne sait où et donc qu'il peut, qu'il va revenir, car aucun élément ne permet de suspecter la mort de la personne.

Elle joue dans certaines *conditions*, elle produit certains *effets*.

1°) Les *conditions* de mise en oeuvre de la présomption d'absence sont prévues par l'article 112 du Code civil. Pour qu'une présomption d'absence puisse être constatée, il faut et il suffit qu'une personne ait cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles.

La loi n'impose aucun délai. La présomption d'absence doit être demandée auprès du dernier domicile de celui dont on cherche à faire déclarer l'absence. La demande peut être formée par toute personne intéressée ou par le Ministère public.

2°) Les *effets* de la présomption d'absence relèvent des articles 113 et suivants du Code civil.

- Le présumé absent est **présumé vivant** (articles 128 *a contrario* et 725 du Code civil). On organise la protection du *patrimoine* du présumé absent par voie de représentation : le juge désigne un parent de l'absent (ou un tiers) pour le représenter (sauf si l'absent a laissé une procuration ou si le régime matrimonial suffit : le conjoint de l'absent le représentera) ; il sera l'*administrateur légal* judiciairement contrôlé, de l'absent. Il s'agit en effet d'assurer la protection des biens, des affaires de l'absent, comme s'il devait revenir.

Le juge des tutelles assure le contrôle de l'administrateur légal à qui il doit des comptes, il fixe le montant des sommes nécessaires à l'entretien de la famille, des enfants, la rémunération éventuelle de l'administrateur légal, etc.

D'un point de vue extrapatrimonial, le présumé absent existe, son mariage n'est pas dissous :

- Si le présumé absent reparaît (art.118 C.civ.), il reprend possession de ses biens.

- Si le présumé absent ne reparaît pas, s'ouvre la deuxième phase du mécanisme.

### **B. – La déclaration d'absence**

Si l'absence se prolonge, la mort devient probable pour expliquer l'absence ; il faut en outre régler le problème des biens de l'absent, la situation de son épouse.

Le tribunal peut alors prononcer un *jugement de déclaration d'absence* dont les effets sont importants (2) et les conditions rigoureuses (1).

### **1. – Les conditions de la déclaration d'absence**

Elles sont prévues par les articles 122 et suivants du Code civil. La loi impose en l'occurrence un *délai* qui varie selon les cas :

- s'il y a eu constatation en justice de la présomption d'absence, le délai est de *10 ans* à compter du jugement de présomption d'absence;
- s'il n'y a pas eu de constatation judiciaire de présomption d'absence, la déclaration d'absence est possible au bout de *20 ans* à compter des dernières nouvelles (C. civ., art. 122).

Le juge compétent est, ici, le Tribunal de Grande Instance (et non plus le juge des tutelles). La requête adressée au tribunal peut être faite toute personne intéressée ou par le Ministère public. Mais la loi exige qu'une large publicité soit donnée à celle-ci : la requête doit être publiée dans la presse du lieu où l'absent a eu sa dernière résidence, dans deux journaux différents, voire procéder à toute mesure de publicité qu'il jugerait utile. Le jugement ne peut être rendu qu'un an, au moins, après cette publication. Le jugement déclaratif d'absence est soumis à la même publicité que la requête. Il est retranscrit sur les registres de l'état civil et devient opposable aux tiers.

### **2. – Les effets de la déclaration d'absence (C.civ., art.128 et s.)**

La déclaration d'absence est prononcée par le TGI et elle produit, *sans rétroactivité*, tous les effets du décès : ouverture de la succession du déclaré absent et dissolution de son mariage.

La déclaration d'absence **présume la mort** : la succession de l'absent est ouverte, le régime matrimonial est dissous, etc.

Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée avant le jugement de déclaration d'absence (par exemple après la requête), il reprend tous ses droits.

Si l'absent reparaît ou que son existence est prouvée après le jugement, l'absent ou le ministère public peut demander son annulation (C. civ., art. 129) et le jugement d'annulation fera l'objet de mesures de publicité similaires à celles du jugement de déclaration d'absence.

Les effets de l'annulation sont cependant limités.

- du point de vue *patrimonial*, les héritiers doivent lui restituer tous ses biens, mais dans l'état où ils se trouvent ou le prix de ceux qui ont été aliénés (les héritiers conservent les revenus des biens sauf si la déclaration d'absence a été frauduleuse);
- du point de vue *extra-patrimonial* : en tout état de cause, le mariage de l'absent demeure dissous (art.132 C.civ.). Le conjoint de celui dont l'absence

a été déclarée peut se remarier l'esprit tranquille (pas de risque de polygamie).

Mais il est certains cas dans lesquels ce régime paraît inadapté tant le décès de l'absent paraît certain. Le régime de la disparition pourvoit à ces hypothèses.

## **II - LA DISPARITION (C. civ., art. 88 à 92)**

A l'origine, le Code civil n'autorisait la preuve du décès que par un acte de décès dressé après constatation de la mort en présence du corps. Mais, dans le même temps, la procédure de l'absence paraissait inadaptée aux personnes disparues lors de catastrophes minières, de naufrages et de guerre.

Depuis 1945, le juge peut constater judiciairement le décès lorsqu'une personne a disparu « *dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger* » (C. civ., art. 88), sans que son corps n'ait été retrouvé, ce qui est le cas des personnes victimes de catastrophes, de victimes de certains actes de guerre ou d'aventuriers victimes d'accidents : le marin perdu en haute mer, le soldat qui ne revient pas d'une mission, les passagers d'un vol écrasé en montagne, les alpinistes perdus en montagne, les millions de personnes déportées et massacrées en Allemagne pendant la Seconde guerre mondiale, etc. Dans ces situations, une forte présomption de décès pèse sur la personne disparue, malgré l'absence de corps pour en assurer la preuve, et l'incertitude doit être levée d'une façon ou d'une autre.

Le droit français permet l'organisation d'une procédure de **déclaration judiciaire de décès** d'un français disparu en France ou hors de France (, C. civ., art. 88, al. 1), d'un étranger ou d'un apatride disparu en France ou à bord d'un bâtiment ou d'un aéronef français, ou encore à l'étranger s'il avait sa résidence habituelle en France (C. civ. Art. 88, al. 2).

La juridiction compétente est le Tribunal de Grande Instance du lieu de la disparition ou du domicile du disparu.

- Le tribunal est saisi par le Ministère public ou par toute personne intéressée qui doit le faire par l'intermédiaire du Ministère public, selon des règles de compétence assez complexes déterminées par l'article 89 du Code civil.

- Le tribunal fixe, par le **jugement déclaratif de décès**, la date présumée du décès en tenant compte des circonstances de la cause, sinon au jour de la disparition. Le jugement vaut alors acte de décès et est publié sur le registre de l'Etat civil.

- Sauf cette possible rétroactivité, les effets du jugement sont ceux d'un jugement déclaratif d'absence : la personne est donc réputée décédée, la succession est ouverte, le mariage est dissous, etc.

Si cependant, par extraordinaire, le décédé revient (et si c'est le même, Comp. *Le retour de Martin Guerre* et *Voyage au bout de l'enfer (Deer Hunter)*, de M. Cimino), le présumé décédé peut demander l'annulation du jugement déclaratif dans les mêmes conditions qu'en matière d'absence.

## **SECTION 2 – LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE HUMAINE**

Ici tout est dans l'adjectif : personne *humaine*. Parce qu'elle est unique et sacrée, le juge et le législateur protègent la personne humaine sous son *aspect physique* et sous son *aspect moral* à travers plusieurs questions : Celle de l'*intégrité physique de la personne* (§ 1), Celle de la *liberté physique de la personne* (§ 2), Celle des attributs de la personnalité (§ 3).

C'est une considération très récente (Comp. P. Murat, réflexions sur la distinction être humain et personne juridique, Dr. Famille, 1997, Chr., n°9, X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, Dalloz, 2003). Que celle de la personne humaine en tant que substance, en tant que telle, en tant que réalité cellulaire, chromosomique mais aussi pensant, cérébral : une personne considérée comme telle, comme susceptible de démembrements, divisible en éléments et produits du corps humain, comme personne disposant d'une intimité, d'une image, etc. toute question radicalement différentes, et ignorées des règles du droit civil classique, sauf pour la question de la protection de la vie privée. Ce sont surtout les progrès de la science contemporaine, de la science biologique, médicale, génétique mais également les évolutions de la société de l'information, qui ont modifié l'approche faite sur la personne humaine, d'une part par une conscience du regard de l'homme sur son propre corps, sur sa vie, mais également de la convoitise sur ces éléments, la marchandisation du corps et des informations sur les personnes (comp. M. Crichton, Next, 2006, A. Huxley, *Le meilleur des mondes*, 1931).

Les premières réflexions ont été portées sur le respect de la personne dans sa personnalité, à travers la théorie des droits de la personnalité, à la fin du XIXème et surtout au cours du XXème siècle, permettant à une personne de se protéger, par voie d'actions en justice, pour assurer le respect de sa vie privée (C. civ., art. 9.), de son domicile, etc. Le plus souvent sur le fondement des règles du droit de la responsabilité civile : constitue une faute le fait de ne pas respecter ces droits de la personne (physique ou morale, d'ailleurs).

Cependant, l'élément le plus novateur, le plus discuté et ce faisant le plus complexe et le plus intéressant, reste celui de la considération du respect de la personne prise comme *corps humain*, au-delà de la personne prise comme *personnalité*.

### **§ 1 – LE CORPS HUMAIN, L'INTEGRITE PHYSIQUE DE LA PERSONNE : LA PROTECTION DE LA VIE ET DU CORPS HUMAIN**

*De corpore jus.* Le droit s'est toujours préoccupé, à des degrés divers, de la protection du corps humain. Le droit pénal en est l'aspect le plus remarquable, où de nombreuses incriminations répriment les atteintes à l'intégrité corporelle (l'homicide volontaire ou non, les coups et blessures, le viol).

Toutefois, cette prise en compte du corps humain est très indirecte et ce n'est pas le corps humain qui intéresse le pénaliste, mais la protection de la société ou des

victimes en tant qu'élément de ce corps social, point le corps humain comme la base de droits, de règles juridiques particulières, de même que les règles civiles que la naissance ou la mort étaient, et sont toujours, envisagées comme des règles conséquentialistes : ce sont les effets de la naissance ou de la mort qui importent.

C'est la révolution médicale, biologique, génétique qui a emporté les plus grandes réflexions et bouleversement, à la fin du XXème siècle.

Deux grands principes cohabitent, le principe de *l'indisponibilité du corps humain*, c'est-à-dire qu'on ne peut disposer soi-même de son propre corps. Ainsi le Droit civil déclare nulles toutes les conventions concernant le corps humain : on dit de la personne humaine qu'elle est hors du commerce (ex. : TGI Paris, 3 juin 1969, Aff. de « la rose tatouée » et comp. *Le Tatoué*) et le principe de *l'inviolabilité du corps humain*.

Les progrès de la science, biologique, médicale, biomédicale, génétique ont singulièrement accéléré cet intérêt.

- Dès 1887 une loi assurait la possibilité pour une personne de « faire don de son corps à la science ».

- En matière de **greffes** : la loi n°49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires et surtout la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux **prélèvements d'organes** dite loi *Caillavet* qui, en l'absence de refus de la personne décédée, présume son consentement et n'admet aucune contrepartie pécuniaire. La loi adoptée le 23 décembre 1993 a en outre réorganisé le système de gestion des transplantations en créant un établissement public *ad hoc*.

- En matière de **don de sang**, la loi de 1952 a imposé le bénévolat et la loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine est venue réorganiser le système transfusionnel français en confirmant les principes éthiques de bénévolat, de gratuité et d'anonymat.

- En 1967, en matière de **contraception**, la loi *Neuwirth* admettait la contraception féminine : la « *pilule* »

- En matière de **procréation médicalement assistée**, l'article 13 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social a posé le principe de la gratuité du don de sperme, interdit l'insémination avec du sperme frais et réservé à des établissements autorisés le recueil et la conservation du sperme (CECOS). Quant aux activités du PMA, elles sont encadrées par les deux décrets *Barzac* n°88-327 et 88-328 du 8 avril 1988 qui ont organisé le contrôle des établissements autorisés à recourir à ces techniques et institué une Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction.

- En matière de **diagnostic prénatal**, un arrêté du 12 avril 1988 soumet à autorisation les laboratoires qui pratiquent ces examens.

- Enfin en ce qui concerne les **expérimentations médicales sur l'homme**, la loi *Huriet* du 20 décembre 1988 modifiée relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales et ses conséquences sur les essais en matière d'innovation thérapeutique médicamenteuse autorise de telles recherches, même lorsqu'elles ne sont pas effectuées au bénéfice individuel direct des personnes qu'elles utilisent, mais les soumet à leur consentement libre, éclairé et exprès et les place sous la surveillance de comités consultatifs de protection des personnes (CCPPRB).

- La loi du 15 janvier 1975 sur **l'interruption volontaire de grossesse** a légalisé l'avortement. Elle a été révisée par une loi du 4 juillet 2001.

- Le tout aboutissant à la loi dite « bioéthique » du 29 juillet 1994, révisée par la loi du 6 août 2004, qui inscrit, dans le Code civil, un chapitre intitulé, « Du respect du corps humain », consacrant le droit du corps humain, *de corpore jus*, à travers des règles de principe, d'ordre public, assurant la primauté et la dignité de la personne humaine, la garantie du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'extra-commercialité des éléments du corps humain, la prohibition de certaines pratiques comme l'eugénisme ou les conventions de gestation pour autrui, etc., non sans un certain paradoxe puisque, ce faisant la juridicisation du corps humain assure l'entrée du corps humain dans le commerce juridique.

- Enfin, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, comprend nombre de dispositions qui complètent ou fondent certaines de ces règles.

Toutes ces règles peuvent être regroupées en plusieurs catégories : la juridicisation du corps humain (I) ce qui conduit à la protection de la vie (II) et à la protection du corps humain (III).

## **I. – LA CONSIDERATION JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN**

C'est un grand mystère juridique, un véritable tabou, peu levé (*comp. cependant et notamment le très excellent F. Zénati et T. Revet, Droit des personnes, Puf, 2007, n°269 s. où les auteurs, après avoir posé les éléments de la notion de corps humain et avoir défini le rapport d'une personne sur son corps comme une relation d'appropriation, établissent son régime en utilisant, à dessein, le vocabulaire du droit des biens*), dans lequel sont essentiellement établis des principes : celui de l'inviolabilité du corps humain, de son non patrimonialité, le principe de la dignité de la personne humaine qui permettent d'assurer la protection de la vie et du corps humain, l'interdiction des pratiques eugéniques, comme le clonage, dans les conditions notamment posées par l'article 16-4, al. 3 et 4 du Code civil :

*« Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.  
Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.*

*Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.*

*Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».*

Deux hypothèses peuvent être formulées.

– Classiquement, on admet que le corps humain n'étant pas dans la catégorie des biens, puisque la patrimonialité du corps est exclue, il en résulte, par logique, que le corps relève de la catégorie des personnes et, d'ailleurs, tout le régime révèle un régime de protection propre à celui des personnes. Le corps serait ainsi l'objet d'un droit de la personnalité ou bien, plus rapprochée de la conception suivante, il serait une « chose commune » non susceptible d'appropriation.

– Cette considération est cependant difficile dès lors que le corps humain est entré dans le paysage juridique comme c'est le cas depuis 1994 notamment. La personne ainsi envisagée, dans sa réalité physique, cellulaire, n'est pas la personne, sujet de droit, des règles classiques du Code civil, mais au contraire comme un *objet de droit*, aboutissant à cet apparent paradoxe que la personne juridique dispose ainsi de droit sur sa personne humaine : « *chacun à droit au respect de son corps* » proclame ainsi l'article 16-1, al.1 du Code civil. Chacun, c'est-à-dire toute personne juridique, dispose d'un droit, subjectif, par exemple le droit au respect, qui porte sur cet objet de droit qu'est le corps.

C'est ainsi que le corps, les éléments du corps, les produits du corps humain sont des objets de droit et, ce faisant des *choses*, des choses particulières, ne relevant pas de la catégorie des choses ordinaires, les *choses humaines* (E. Bayer, *Les choses humaines*, Th. Toulouse, 2003). Simplement, les règles posent que cet objet de droit qu'est le corps ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial ou de convention ayant pour effet de lui donner une valeur patrimoniale. F. Zénati et T. Revet considèrent alors que le droit de la personne sur son corps est un droit de propriété.

**Le statut de l'embryon** pose alors de grandes difficultés. Tout dépend de la conception de l'on adopte de la personne et de la personne juridique, étant entendu que la personne n'existe, en tant que personne juridique et en tant que personne humaine, qu'avec la naissance, l'embryon étant une partie du corps de sa mère.

Mais le droit a modélisé la nature, ou en tout cas est une interprétation de la nature. Reconnaître cette infirmité du droit permet alors d'envisager des solutions alternatives, par exemple lorsque l'article 16 du Code civil dispose, comme entame du chapitre consacré au respect du corps humain que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». « *L'être humain dès le*

*commencement de sa vie* », il y a là une contradiction à observer le commencement de la vie, au moment de la procréation, et identifier alors, un « être humain ».

En effet, l'affirmation que tout homme acquiert la personnalité juridique du seul fait de la naissance ne règle pas la question de la définition de la personne : est-ce que la notion de personne est la même que celle de personne juridique : avant la naissance, l'embryon ou le fœtus ne sont donc pas une personne, ou peut-on distinguer la notion de personne et celle de personne juridique ? La distinction est essentielle : dans le premier cas, la protection de la personne est consubstantielle de la reconnaissance de la personnalité juridique, de la naissance donc. Dans le second, la protection de la personne peut être assurée malgré le fait qu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique, dès la conception. Ces questions sont absolument fondamentales, nous les aborderons également (V. A. Mirkovic, *La notion de personne humaine*, Th. Paris II, 2001). Par exemple, le Comité consultatif National d'Éthique avait émis un avis, le 23 mai 1984, par lequel « *l'embryon ou le fœtus doit être considéré comme une personne humaine potentielle qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose* » (JCP 1985, I, 3191). Par ailleurs, à l'occasion de l'examen de la loi Bioéthique de 1994, le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision du 27 juillet 1994 (JO 29 juill. 1994, p. 11024) considéré que « *le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie n'est pas applicables aux embryons in vitro qui ne bénéficient que de garanties spéciales* », confirmant l'option de la non protection de l'enfant simplement conçu choisie par la loi bioéthique de 1994. Ainsi, l'embryon, peut être congelé, détruit, réimplanter, faire l'objet d'expérimentations, etc.

D'une façon générale, le droit civil français s'en tient à ces quelques principes qui alimentent le flou de la distinction alors même qu'ils reposent sur un socle apparemment sûr :

– L'embryon, c'est-à-dire l'enfant simplement conçu, l'enfant *in utero*, n'est en principe pas une personne.

– Il n'est pas une personne mais il n'est pas non plus traité comme une chose. Ainsi peut-il être accueilli (adopté ?) dans des conditions particulières, par exemple par un couple stérile, dans des conditions contrôlées par la loi : ce sont toutes les procédures de fécondation *in vitro*, les « procréations médicalement assistées » (PMA) que nous étudierons plus tard.

– Il n'est pas une personne mais il est interdit de faire des expérimentations sur l'embryon, de le céder par exemple dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, mais en revanche la pratique de la « congélation » d'embryons dans le cadre d'une PMA est possible, de la même façon que la destruction des embryons surnuméraires, ce qui est, pour le moins, une contradiction..

– Il n'est pas une personne ce dont il résulte que la mère peut librement disposer de l'enfant conçu *in utero* : elle dispose d'un droit de procéder à une interruption volontaire de grossesse, par curetage ou par aspiration. Pourtant, la loi du 15 janvier 1975 sur l'IVG pose des conditions assez strictes. Ainsi, la mère qui

décide de procéder une IVG doit présenter un « Etat de détresse » dont elle est seule juge pendant les douze premières semaines. Au-delà, ce sont les médecins qui peuvent en décider.

– Il n'est pas une personne ce dont il résulte que la mère peut librement disposer de l'enfant conçu *in utero* : elle dispose d'un droit de procéder à une interruption volontaire de grossesse, par curetage ou par aspiration. Pourtant, la loi du 15 janvier 1975 sur l'IVG pose des conditions assez strictes. Ainsi, la mère qui décide de procéder une IVG doit présenter un « Etat de détresse » dont elle est seule juge pendant les douze premières semaines. Au-delà, ce sont les médecins qui peuvent en décider.

– Il n'est pas une personne et peut donc, être tué. C'est toute la question du « décès » accidentel de l'embryon comme un arrêt du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière de la cour de cassation l'avait posée. Le conducteur d'un véhicule avait été poursuivi pour atteinte volontaire à la vie d'un enfant à naître alors qu'il avait blessé une femme enceinte de six mois, victime d'une fausse couche à la suite de cet accident : « le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus (JCP 2001, II, 10560, note M.-L. Rassat).

Il en résulte donc que le fœtus ou l'embryon, n'étant pas une personne, il n'est pas « autrui » dans le cadre de l'article 221-6 du Code pénal. L'enjeu est considérable : reconnaître la protection de l'embryon est-il de nature à concurrencer la loi de 1975 sur l'IVG ?

La loi sur l'IVG reconnaît le droit à la vie, d'une part, et limite les possibilités de supprimer les embryons dans ces cas exceptionnels. Est-ce pour autant admettre que l'embryon est une chose, un petit amas de cellules sans vie ? Peut-on admettre qu'un embryon est une personne sans remettre en question le droit à l'IVG ? La distinction est peut-être trop subtile pour le commun des justiciables et les esprits faibles. D'ailleurs, la proposition de loi *Garaud* sur l'interruption volontaire de grossesse (IIG), se présente comme non contradictoire avec la loi sur l'IVG ; elle a soulevé un tel tollé qu'elle a dû être retirée

## **II. – LA PROTECTION DE LA VIE**

### **A. – Droit à la vie**

1. – La protection de la vie met en jeu la question de l'IVG, en premier. L'article 1<sup>er</sup> de la loi *Veil* du 15 janvier 1975 relative à l'IVG dispose que « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* » de sorte qu'il « *ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité* ».

De même l'article 16 du Code civil, institué par la loi bioéthique de 1994, assure que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la*

*dignité de celle-ci, et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* », de même encore que la plupart des grandes déclarations universelles modernes (Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, art. 3, Pacte international de New York de 1966, art. 6 § 1, CEDH, art. 2, Charte de l'UE, art. 3 § 1)

Le droit à la protection de la vie est cependant un droit qui n'est pas absolu puisque la mère peut, pendant les 12 premières semaines de la grossesse, décider d'y mettre fin (C.s.p., art. 2212-1) en raison de son « état de détresse », voire au-delà en cas de péril grave pour sa santé ou en cas de risque que l'enfant soit atteint d'une affection particulièrement grave et incurable. On mesure cependant la distance qui existe entre la reconnaissance juridique d'un droit à la vie dès la conception et la non reconnaissance de la personne dès ce moment, et les conceptions philosophiques ou religieuses qui prétendent le contraire : la mère et l'embryon forment-ils une unité cellulaire et organique ou au contraire une pluralité, liée à l'unicité originelle de l'enfant ? C'est la réponse à cette question, extraordinairement complexe, qui est en jeu dans la mesure où de cette réponse dépend la validité de l'IVG, voire de certaines techniques de contraception.

2. – Les techniques de *procréation médicalement assistée (PMA)* prennent une part active à ce débat, en opposant les techniques de reproduction naturelles et les techniques médicalement assistées. L'avantage pour les couples stériles est évident. Les inconvénients, à côté, sont dérisoires et pourtant essentiels : on passe d'un droit de l'enfant, dans lequel il est le centre, à un droit à l'enfant, un droit au profit de ses parents.

## **B. – Droit à la mort ?**

Parallèlement, et surtout depuis quelques années, se pose la question du droit à la mort.

1. – La question concerne le fait de se donner la mort, par le *suicide*. Autrefois, le suicide était prohibé : on faisait le procès d'un cadavre. L'absence de réglementation d'aujourd'hui ne signifie pas que le suicide est autorisé, cela n'a pas de sens, mais qu'il n'est pas sanctionné. La différence est fondamentale : si le suicide n'est pas interdit, il n'en résulte cependant pas que la personne dispose d'un droit sur son propre corps.

2. – La question concerne, en second, l'*euthanasie*, la mort douce en grec. Plusieurs propositions de loi ont été déposées (V. J. Pousson-Petit, Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents, Dr. Famille, fev. 2001, p. 4) et l'on pourrait se demander si l'instauration d'un principe de respect de la dignité de la personne humaine (C. s. p. art. 1110-2) dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ne légitime pas certaines formes d'euthanasie. De façon minimale, la législation s'oriente vers la notion de soins palliatifs, par exemple à travers l'article 1110-5 du C.s. p., toujours à la suite de la loi du 4 mars 2002, qui dispose que « *toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur, celle-ci doit en toute circonstance être prévenue,*

*évaluée, prise en compte et traitée, les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort ».*

Il reste donc que l'euthanasie est interdite en France ce qui soumet ses auteurs aux foudres du droit pénal, comme l'affaire récente du jeune Vincent Imbert en a fait la démonstration. On distingue cependant les formes d'euthanasie active, des formes d'euthanasie passive et du refus de soins par le patient, autorisé depuis la loi du 9 juin 1999. Mais ces frontières sont très floues dans la mesure où la loi prévoit que le patient peut s'opposer à toute forme d'acharnement thérapeutique et alors que le médecin doit, aux termes du Code de déontologie médicale, s'efforcer de soulager les douleurs du patient. Il demeure cependant que la jurisprudence reste ferme pour maintenir le principe de l'interdiction de l'euthanasie (Cf. CE 20 déc. 2001, D. 2001, IR, 595, suspension d'un médecin qui avait procédé à une injection de chlorure de potassium). Cependant, la pratique pénale montre une relative clémence envers les personnes pénalement poursuivies du chef d'homicide dans une situation d'euthanasie, les « meurtriers par pitié », comme on les appelle parfois.

La question rebondit depuis la loi du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie* qui permet à un patient d'imposer au médecin son choix de fin de vie. L'article L. 1111-10 du CSP dispose ainsi que : *« Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 »* et permet ainsi de protéger le médecin confronté à un refus de soin d'un patient, la décision de ce dernier étant consignée dans son dossier médical.

Ces règles renversent donc la jurisprudence passée qui imposaient au médecin de ne pas suivre l'avis du patient et donc leur imposaient un certain acharnement thérapeutique, validant donc l'euthanasie passive.

Toutefois, l'article L. 1110-5 du CSP dispose également à propos du droit de chacun d'être informé de son état de santé et de recevoir des soins appropriés et notamment en cas d'affection grave et incurable (dernier alinéa), la possibilité d'appliquer un traitement susceptible d'abrégé sa vie :

*« Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.*

*Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la*

*dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.*

*Les dispositions du premier alinéa s'appliquent sans préjudice de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produit de santé, ni des dispositions du titre II du livre Ier de la première partie du présent code.*

*Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée.*

***Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical ».***

3. – La question concerne également le problème de l'indemnisation de la personne née handicapée, à la suite de l'affaire Perruche (Ass. plén., 17 nov. 2000 : JCP 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas D. 2000, 336 note P. Jourdain ; RTD civ. 2001, p. 146, obs. P. Jourdain. V. A. Pélissier, *L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale : Cah. dr. ent. 2001/1 et et réfs. ; Ass. Plén., 13 juill. 2001, D. 2001, 2325, note P. J. Jourdain ; Gaz. Pal. 7-8 sept. 2001, note J. Guigue ; JCP 2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; RGDA 2001, n° 3, p. 751, note L. Mayaux ; Resp. civ. et assur. sept. 2001, p. 3, obs. H. Groutel ; Ass. Plén. 28 nov. 2001 cit. in. A. Pélissier, *Le point sur la « précision » de l'arrêt Perruche par l'Assemblée plénière, cah. dr. ent. 2002/1*) : le petit Nicolas Perruche avait subi tout une série de malformations congénitales dues à la rubéole contractée par sa mère durant sa grossesse. Or, sa mère avait procédé à un examen de façon à repérer une éventuelle rubéole et fait savoir qu'elle entendait procéder à une IVG en cas d'examen positif. Le laboratoire d'analyse médicale répondit que tel n'était point le cas...et se trompa. Il y avait préjudice, pour les parents, comme pour l'enfant, il y avait faute médicale, mais y avait-il un lien de causalité, la faute était-elle la cause du dommage ? Oui répondit la Cour de cassation, provoquant une déferlante médiatique, dans la mesure où la cause est, pour le moins, très indirecte : la faute est à l'origine de la naissance de l'enfant (l'IVG n'a pas eu lieu) mais la faute n'est pas à l'origine du handicap. La loi du 4 mars 2002 a prévu dans un Titre consacré à la *solidarité avec les personnes handicapées* une disposition spéciale pour « casser » la jurisprudence Perruche, que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* », interdisant donc de demander réparation du fait d'être né handicapé et donc de ne pas avoir été supprimé au cours de la gestation. Or, ce texte a été, en quelques sorte, écarté par une série d'importants arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 24 janvier 2006 (Bull. civ. I, n° 28, 29, 30, 31 p. 26, JCP, éd. G, 2006, II, II, 10062, obs. A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon). L'essentiel de ces arrêts se trouve ainsi présenté :*

*Attendu que, comme l'avait retenu à bon droit la cour d'appel, dès lors que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme Y... avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap et que les conditions médicales d'une telle interruption étaient réunies, l'enfant pouvait, avant l'entrée en vigueur de l'article 1er-I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé demander la réparation du préjudice résultant de son handicap et causé par la faute retenue ;*

*Attendu que l'article 1er-I de ladite loi, déclaré applicable aux instances en cours énonce que "nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale" ;*

*Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1er-I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ; d'où il suit, ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, que le premier moyen pris en sa première branche du pourvoi formé par la Fondation Bagatelle et Mme X... et le moyen unique du pourvoi formé par la société Axa assurances sont inopérants et que le premier moyen du pourvoi formé par la Fondation Bagatelle et Mme X... pris en sa seconde branche n'est pas fondé ».*

### **III. – LA PROTECTION DU CORPS HUMAIN**

#### **A - Le respect du corps humain**

Le corps humain est le support charnel de la personne mais également de son esprit : *mens sana in corpore sano*, le corps et l'âme ne font qu'un, etc, l'unité du corps est retenue depuis toujours. L'évolution des pratiques médicales, de recherche et thérapeutiques, a justifié la prise en compte juridique de ces conceptions, par la loi *Bioéthique* n°94-653 du 29 juillet 1994, introduisant les articles 16 et suivants dans le Code civil, aujourd'hui en voie de révision.

L'ensemble des difficultés repose sur la difficile question de l'appropriation du corps humain, des éléments du corps humains (organes) et des produits du corps humain (lait, cheveux, sang, gamètes, etc) ? Est-il une chose et en ce cas qui en est propriétaire ? N'est-il pas une chose, et en ce cas quel est le régime de sa protection ? Est-il une chose au régime spécial ?

On peut envisager deux grands principes qui en découlent, le principe de l'inviolabilité du corps humain (1), et celui de l'indisponibilité du corps humain (2).

## **1. – Le principe de l'inviolabilité du corps humain**

### **a. – Contenu du principe de l'inviolabilité du corps humain**

L'article 16 du Code civil dispose que « *la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit ce respect à l'être humain dès le commencement de sa vie* ». L'article 16-1, al.2 du Code civil poursuit de manière encore plus claire : « *Le corps humain est inviolable* ».

***Le corps humain est inviolable (C. civ., art. 16-1, al.2).*** C'est l'affirmation du caractère sacré du corps humain : *Noli me tangere*.

La formule est formidable, grande et sobre... mais déjà pleine de contradictions ou d'imprécisions. « *La loi... garantit ce respect à l'être humain...* » mais le peut-elle ? et comment ? et où ? ... « *Le commencement de sa vie* » déterminant le début du principe de primauté de l'être humain est-il conforme à la loi Veil par exemple ? et cette protection s'étend jusqu'à quand, à l'heure où les débats sur l'euthanasie menacent le respect de la personne humaine la fin de la vie.

La loi va donc bien au delà du seul respect de l'intégrité physique pour protéger la dignité même de l'homme. On peut se demander si un texte de loi était bien utile à cette fin au regard de la jurisprudence antérieure qui assurait déjà cette police.

Dans le même esprit, la loi nouvelle affirme l'existence d'un véritable droit subjectif de chacun sur son propre corps (art.16-1 al.1er) : « *Chacun à droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* ».

Bien entendu, ce texte justifie les sanctions pénales des atteintes au corps (coups et blessures, etc .) et des tolérances sont admises par l'usage, notamment l'exemple classique des corrections, pour autant qu'elles soient légères, dans le cadre de l'éducation des enfants. En revanche, ce texte, d'ailleurs renforcé par l'article 3 de la CEDH qui interdit la torture, les traitements inhumains ou dégradants et qui permet de sanctionner des atteintes physiques ou morales ou humiliantes, mais encore toute forme de détention d'une personne, autre qu'ordonnée en matière pénale.

**La possibilité d'autoriser une atteinte au corps humain.** L'article 16-3 enchaîne : « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

L'atteinte au corps humain est donc possible mais de manière exceptionnelle, avec le consentement préalable ou en cas d'urgence de l'intéressé, et surtout pour satisfaire des nécessités médicales.

Observons que, depuis 1999, le terme « *médical* », large, a remplacé le terme « *thérapeutique* » plus étroit de façon à tenir compte des aspects psychologiques de la question, en matière de chirurgie esthétique non réparatrice mais de confort, ou bien s'agissant du transsexualisme et que la loi de 2004 a ajouté l'hypothèse de l'intérêt thérapeutique d'autrui, qui vise les cas de transplantation d'organes, et du recueil du consentement.

En outre, cela n'interdit pas des pratiques d'auto-atteinte, comme les tatouages, le perçage, voire des relations sadomasochistes (*Comp. CEDH, 17 févr. 2005, K.A et A.D c/Belgique*), *RTDCiv. Obs. J.-P. Marguénaud*) lesquelles sont justifiées par le consentement des personnes qui s'y adonnent et du droit au respect de la vie privée, avec cette réserve que les demandes d'arrêts de la personne doivent être entendues (dans l'arrêt de 1995, une personne était décédée...).

Bien entendu ces règles sont d'ordre public (C. civ., art. 16-9) de telle manière qu'il n'est pas possible, par convention, de renoncer à cette inviolabilité.

Ce principe interdit donc :

- l'expérimentation médicale non consentie ;
- le traitement thérapeutique non consenti, sauf urgence ou impossibilité de recueillir ce consentement ;
- le traitement non thérapeutique, même consenti (les rebouteux et l'exercice illégal de la médecine).

L'inviolabilité du corps humain est individuelle (voir article 16-3) mais elle est aussi collective : nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine (article 16-4) : « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine » de sorte que « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite » (*Comp. Aldous Huxley, Le meilleur des mondes*, à nouveau et A. Niccol, *Bienvenue à Gattaca*, 1998). La loi fournit deux illustrations de telles atteintes qui tiennent aux pratiques eugéniques et aux transformations génétiques dans le but de modifier la descendance d'une personne (art.16-4 al.3).

#### **b. – Limites du principe de l'inviolabilité du corps humain**

Il peut être porté atteinte à l'intégrité de la personne en cas de nécessité thérapeutique ou de recherche scientifique (art.16-3 et 16-4 al.3) : le médecin qui, nécessairement, porte atteinte à la personne effectue une atteinte légitime. Ces formules restrictives paraissent exclure toute autre exception à la règle de l'inviolabilité.

Le consentement de l'intéressé est nécessaire sauf si celui-ci n'est plus à même de consentir sauf dans quelques hypothèses, par exemple en matière de don d'organes. Cependant, le don d'organe ou de produit du corps humain (don de sang, de sperme, d'ovocytes, etc.) ne peut être effectué qu'à titre gratuit

De façon plus générale, les limites à ce principe sont légion, notamment, en matière d'IVG voire de techniques de stérilisation (cf . CSP, art. L. 2123-1).

De la même façon, le principe posé par l'article 16-4, interdisant l'eugénisme est d'une portée pratique assez faible, interdisant essentiellement le clonage humain, type brebis Dolly, ce qui justifie d'ailleurs la révision de la loi à propos du clonage à des fins thérapeutiques ou de recherche. Mais la sélection des personnes à naître est déjà possible, que ce soit grâce à la l'IVG ou grâce aux techniques de diagnostic prénatal.

Les principes posés par la loi sont donc insuffisants et contradictoires : notamment, l'article 16-1 dispose que le corps humain ses éléments et produits ne faire l'objet d'un droit patrimonial, alors pourtant que l'article 16-6 autorise le don d'organes ou de produits, même à titre gratuit, ce qui justifie la patrimonialisation des produits et éléments du corps humain. De même la directive n°98-44 du 7 juillet 1998 autorise la brevetabilité des inventions biotechnologiques et la prise de brevet sur un élément isolé du corps humain, voire sur une séquence génétique.

## **2. – Le principe de l'indisponibilité du corps humain**

### **a. – Le contenu du principe**

Le principe de **l'indisponibilité du corps humain** est un corollaire du principe de **le non patrimonialité du corps humain**, tel que posé par l'article 16-1, al. 3 du Code civil « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* », mais également l'article 16-5 : « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* », 16-6, 16-7, etc., le tout assorti de sanctions pénales (C. pén., art. 511-2, 511-4).

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne sont pas susceptibles d'appropriation, c'est ce qu'exprime le principe de non patrimonialité.

Le texte de l'article 16-3, al. 3 du Code civil révèle cependant une grande ambiguïté : les éléments ou produits du corps humain sont-ils des choses mais des choses sont hors commerce, indisponibles donc qui ne peuvent faire l'objet de contrats (on ne peut vendre *son* sang, *ses* gamètes, *ses* cheveux, *son* lait...) ou sont-

ils indisponibles parce qu'ils ne sont pas des choses, malgré la formule maladroite du Code civil ? (Sur ces points V. par exemple F ; Zénati et T. Revet, *Droit des personnes*, Puf, 2007, n°268 s., F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille les incapacités*, Dalloz, n° 65, Adde M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, p. 489, M.-A. Lhermitte *Le corps hors du commerce, hors du marché*, Arch. Phil. Dr., t. 55, 1988, p. 333).

Le principe est permanent, avant (\*) comme après (\*\*) les lois « bioéthique » de 1994, qu'il est projeté de réformer (et v. *documents annexes*).

\*. – **Avant la loi de 1994**, la protection de l'intégrité physique de la personne restait assurée par des dispositions ponctuelles, dont l'affaire dite de la **maternité de substitution** dite aussi maternité pour autrui (les conventions de portage d'un enfant pour le compte d'un tiers sont nulles) offre un exemple fulgurant.

La pratique est la suivante. Un couple stérile en raison de la femme et désireux d'avoir un enfant trouve une « mère porteuse » (il suffit de consulter l'Internet : on y trouve tout, surtout le pire). La « mère porteuse » conclut un contrat avec un couple stérile. L'objet de ce contrat est le suivant : le mari du couple va réaliser un don de gamètes avec lesquelles sera procédée une insémination artificielle de la « mère porteuse ». Celle-ci porte l'enfant au cours de la gestation. A la naissance de l'enfant, il est déclaré au seul nom du père, la « mère porteuse », mère gestatrice, abandonne l'enfant et le couple stérile procède à l'adoption plénière de l'enfant, le tout bien entendu de façon rémunérée, disons entre 15 000 et 30 000 €.

Ces conventions ont été annulées par la jurisprudence comme contraires à l'ordre public. Le Conseil d'Etat a considéré que l'engagement d'abandon de l'enfant est contraire à un principe civil d'ordre public et à l'article 353-1-3° du Code pénal (C.E. Ass. 22 janvier 1988, « *Association Les Cigognes* »).

Ce fut surtout l'affaire *Alma mater* (du nom d'une association qui promouvait largement ce type de convention). Le TGI de Marseille, qui avait qualifié le contrat de contrat de « prêt d'utérus » et avait analysé la convention comme une « promesse de cession et la renonciation à l'octroi en reconnaissance contre rémunération », constatait la nullité d'une telle convention au motif qu'elle est contraire à l'ordre public fixé notamment par l'article 311-9 du Code civil dans un jugement du 16 décembre 1987.

La Cour de cassation avait cependant préféré se fonder sur l'article 1128 du Code civil, c'est-à-dire sur la nullité de la convention portant sur les fonctions reproductives de la mère et sur l'enfant (V. par ex : Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 1989, D. 1990, p. 273, rapp. J ; Massip, JCP 1990, II, 21526, note A. Sériaux, Defrénois 1990, I, 743, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi).

La cour d'appel de Paris avait cependant résisté et estimé, à l'inverse, que la maternité substituée ne heurtait pas l'ordre public français. Ces conventions seraient

licites car chacun aurait un droit naturel à fonder une famille. Autrement dit, les droits naturels fonderaient des droits subjectifs sur la personne d'autrui.

Cette analyse qui se rapproche de la jurisprudence américaine (voir par exemple cour de district du New Jersey, affaire *Baby M...*, 1986), a toutefois été infirmée par la Cour de cassation dans le très important arrêt *Alma mater* de l'assemblée plénière du 31 mai 1991 (D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontenville ; note F. Terré, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller, GADC, n° 60) qui a estimé que ces pratiques étaient contraires aux principes d'indisponibilité du corps humain : "... *Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes...*". L'article 16-7 du Code civil confirme cette règle depuis 1994 « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*

Afin d'éclairer les pouvoirs publics sur ces questions a été créé en 1983 le **Comité consultatif national d'éthique** qui rend des avis sur les problèmes soulevés par l'évolution récente de la médecine et de la biologie.

Parmi ces avis, on relèvera plus particulièrement sept avis relatifs à la recherche en matière génétique et à ses applications (diagnostic prénatal en 1985, tests génétiques en 1989, 1991 et 1992, non commercialisation du génome humain en 1991 et thérapie génique en 1990), une douzaine d'avis se rapportant à la procréation artificielle et aux utilisations de l'embryon, enfin une dizaine d'avis portant sur la recherche biomédicale pratiquée sur l'homme.

Toutefois et pour reprendre les propos tenus par le président d'honneur du Comité, le Professeur Jean Bernard, à l'occasion du Xème anniversaire du Comité, le 8 février 1993 : « l'éthique de la biologie n'appartient pas à un petit groupe de philosophes, de théologiens, de juristes, de médecins, de biologistes... De larges ouvertures sont nécessaires. Et d'abord vers le droit ».

Cet appel à l'intervention du législateur marque avec pertinence les limites du rôle et de la légitimité du Comité, si prestigieuse soit sa composition.

**\*\*.** – **Depuis 1994**, la loi a affirmé expressément ces principes, mais maladroitement (cf. supra).

Ajoutons alors que l'article 16-5 qui prolonge ce principe affirme que « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ». Ce texte participe de l'ambiguïté déjà relevée : est-ce que ces contrats sont interdits par principe et parce l'objet contractuel serait impossible ou est-ce que ces contrats sont possible mais nul s'ils ont pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain ? Il semble bien que l'on soit, déjà dans les atténuations du principe (cf. infra, b).

## b. – Les atténuations au principe

Depuis longtemps, la coutume admet la commercialisation d'éléments du corps humain qui ne méritent pas protection (cheveux, lait de la nourrice...). Les atténuations à l'indisponibilité du corps humain se sont développées du fait de plusieurs textes récents déjà évoqués (loi du 7 juillet 1949 relative au prélèvement de cornée, loi du 21 juillet 1952 relative aux prélèvements sanguins, loi du 22 décembre 1976 relative au prélèvement d'organes, loi du 20 décembre 1988 relative aux recherches biomédicales).

Il en résulte que, si le don d'organe est autorisé, que si des conventions portant sur des expérimentations sont permises, c'est que le corps humain, les produits du corps humains, ses éléments sont objets de contrats, mais gratuits, vérifiant l'article 16-5 du Code civil, puisque aucune valeur patrimoniale n'est créée. C'est cependant une perspective à courte vue : la gratuité ne concerne que le donneur d'éléments ou produits du corps humain, point les maillons suivants de la chaîne, qui valorise évidemment ces produits ou éléments.

Aussi faut-il observer que ces atténuations sont en principe soumises à des conditions strictes :

– **Le principe de dignité de la personne humaine**, principe qui établit et fonde, ensuite, toutes les autres limites, posé par l'article 16 du Code civil, retenu comme principe général du droit communautaire par la CJCE (*CJCE, 9 oct. 2001, C 377/98, JCP, éd. E, 2001, p. 1793*) et comme principe de valeur constitutionnel (*Déc. Cons. constit. N°94-343/344, du 27 juill. 1994, D. 1995, p. 237, note B. Mathieu*) mais également au titre de la CEDH et des grands textes internationaux qui permet de poser des limites à un certain nombre de pratiques douteuses, comme celle, très célèbre, dite du « lancer de nain » (*CE 27 oct. 1995, RFDA, 1995, p. 878, conc. Frydman, D. 1996, p. 177, note Lebreton*) et qui légitime encore davantage la conception philosophique de la souveraineté de la personne sur son corps, y compris contre l'état, contre le médecin, etc. (*Cf. L. Perroin, La Dignité de la personne humaine, Th. Toulouse, 2000*).

– **un consentement renforcé**. Le consentement doit être préalable, obtenu selon des règles très strictes de façon à assurer l'existence d'un consentement *libre et éclairé*. Il en résulte l'existence d'obligations d'information au profit du donneur, de la possibilité de révoquer son accord. Par ailleurs certaines personnes sont particulièrement protégées : les mineurs, les majeurs protégés, les personnes incarcérées, les femmes enceintes sont soumises à des règles particulières, soit que les dons soient interdits, soit qu'ils soient particulièrement surveillés afin d'éviter tout risque d'abus d'influence.

– **l'anonymat**. Le don est anonyme (plus exactement, le secret de l'identité du donneur est bien gardé). C'est le principe essentiel : ne pas pouvoir établir de lien entre donneur et receveur (C. civ., art. 16-8). Ce principe joue particulièrement en cas de Procréation médicalement assistée (PMA).

– **la gratuité** est la conséquence logique de la non patrimonialisation des éléments du corps humain. Le principe a cependant été tempéré en matière « *d'expérimentation sans bénéfice direct pour la personne* », c'est-à-dire sur une personne saine : une « *indemnité* peut être allouée.

Fortes de ces principes, les limites posées permettent par exemple à une personne d'exercer un droit sur les éléments du corps ou les produits du corps humain qui s'assimilent à l'exercice d'un droit de propriété : location de son corps, par la prostitution, exemple douteux, mais surtout par le contrat de travail, où la « *force de travail* », concept éminemment marxiste, revient dans le champ du droit (*T. Revet, La force de travail, Litec, 1992*) ou pour la recherche médicale, qui peut faire l'objet de remboursement de frais, mais point d'une rémunération (CSP, art. 1121-4 et 8).

Est également posé le problème, essentiel, de la brevetabilité de l'exploitation des éléments et produits du corps humain, et donc de la maîtrise de la propriété des gènes, par exemple, ou bien de leurs modifications (*comp. M. Crichton, Next, 2006*). L'article L. 611-18 du CPI assure l'impossibilité d'une telle brevetabilité (en France...) du corps, de ses éléments, ses produits, un gène, une séquence génétique, etc. En revanche, une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut faire l'objet d'un brevet. Ce n'est pas contradictoire : le procédé technique permettant d'isoler un gène, voire de le réparer, peuvent faire l'objet d'un brevet, point le gène lui-même.

## **B. – Les limites posées à l'utilisation de la génétique**

La génétique est ce qui est relatif à l'hérédité et aux gènes. Elle offre de puissants moyens de connaissance et d'identification de la personne et présente des risques d'abus pour l'intimité de la vie privée. L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être réalisée qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique avec le consentement de l'intéressé (art.16-10 C.civ.). Ces pratiques sont donc prohibées dans le cadre de relations de travail à l'embauche ou dans le domaine de l'assurance.

L'identification de la personne par ses empreinte génétique est strictement réglementée (art.16-11 C.civ.). Elle reste possible dans le cadre de mesures d'enquêtes ou d'instructions lors d'une procédure judiciaire ou, au plan civil, dans le cadre d'une action tendant à l'établissement des liens de filiation ou d'une action à fins de subsides. Le consentement de l'intéressé est toujours exigé. A ces textes sont assorties des incriminations pénales nouvelles (voir cours Droit pénal).

## **§ 2 - LES DROITS ET LIBERTES DE LA PERSONNE HUMAINE**

**Les droits de l'homme, droits de la personnalité ?** – Reconnus et affirmés par la déclaration de 1789, la constitution de 1958, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le pacte international des droits civiques et politiques de 1966, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, la charte

européenne des droits de l'homme de 2000, les droits de l'homme sont les grands conquérants de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Tous les grands textes consacrent les libertés déjà envisagées, c'est-à-dire les libertés individuelles, ou ce qu'on pourrait classer dans les droits de la personnalité, comme le droit à une vie familiale, le droit au respect de ses biens..., bref au delà du droit à la vie, le *droit à une vie décente*, le droit à la dignité (Cf. Pacte 1966, art. 10.1).

Ils fondent des droits fondamentaux : égalité des sexes, non discrimination qui transcendent les catégories juridiques traditionnelles car ils sont fondés sur des valeurs supérieures, la liberté de religion, les droits sociaux, les droits de l'environnement, le droit à la santé, le droit au droit... de sorte que ces textes servent, de plus en plus de référence dans des litiges, dans des procès pour critiquer la loi. C'est souvent la loi pénale (droit à un procès équitable, respect de la présomption d'innocence...) ou fiscale qui sont concernées, mais aussi parfois, la loi civile comme il en fut dans les affaires de transsexualisme ou plus récemment l'affaire *Mazurex* en matière d'égalité successorale des enfants légitimes et adultérins.

Les deux notions sont imbriquées, pour ne pas dire voisines : simplement les droits de l'homme sont envisagés de manière générique : ils constituent des garde-fous opposables au législateur ou au juge, comme la liberté d'orientation sexuelle ou la liberté de conviction religieuse. Cette dernière repose à la fois sur l'article 9 de la CEDH qui protège la liberté « de pensée, de conscience ou de conviction et de religion » et qui correspond globalement à la liberté d'opinion qui suppose qu'une législation serait considérée comme attentatoire à ces si elle limitait l'exercice de ces libertés, à moins cependant qu'elle démontre des nécessités particulières, correspondant à d'autres exigences de même rang (tranquillité publique, principe de laïcité, etc.). la « laïcité » de l'Etat est en effet garantie par la loi du 9 décembre 2005 qui assure que la République « assure la liberté de conscience » et « garantit le libre exercice des cultes », ce qui implique la neutralité de l'Etat, en principe, à l'endroit des convictions religieuses : les fonctionnaires en font pas état de leur convictions, l'état ne finance pas les cultes, etc.

Il convient donc de distinguer les « droits » ou les « libertés » en général, c'est-à-dire de valeur constitutionnelle ou conventionnelle, des libertés (I) et des droits en particulier (II).

## **I. LES LIBERTES**

La faculté de faire ce qu'on veut n'est pas, à proprement parler, un droit mais une *liberté publique*. Cette liberté s'arrête là où commence celle d'autrui.

Elle peut prendre de très nombreux aspects. Trois seront plus spécialement abordés, la liberté d'aller où l'on veut, c'est-à-dire la liberté de mouvement (A), la liberté de faire ce que l'on veut, c'est-à-dire la liberté d'action (B), la liberté de penser (B), sans oublier la liberté d'entreprendre, la liberté d'association, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté contractuelle, la liberté du mariage, la liberté du travail...et bien d'autres encore.

## **A - LA LIBERTE DE MOUVEMENT**

Elle est garantie par la **loi pénale** qui érige la séquestration en infraction sauf lorsque celle-ci émane de la loi (art.341 et s. C.P.).

En **Droit civil**, cette liberté n'est pratiquement jamais menacée (ex. : ce serait le cas, imaginaire, d'un contrat par lequel une personne s'obligerait à ne pas quitter sa chambre).

Se pose cependant le problème de la validité des donations ou testaments dans lesquels une clause impose au gratifié d'habiter à tel endroit ou, au contraire, de ne jamais y venir (ex. : je donne cette maison à mon fils à condition qu'il vienne y habiter).

Par analogie avec l'article 900-1 du Code civil, la jurisprudence considère que ces clauses sont valables si elles sont limitées dans le temps et justifiées par un intérêt légitime (exemple d'intérêt légitime : le paysan qui lègue sa propriété mais qui demande au légataire d'habiter dans la maison de celle-ci afin de maintenir la vie familiale).

## **B - LA LIBERTE D'ACTION**

Tout ce qui a pour objet le travail de l'homme intéresse plus ou moins sa personnalité. Ainsi protège-t-on les grandes libertés économiques : liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie, liberté de la concurrence, liberté du travail.

Ces grandes libertés, qui sont des libertés publiques, souvent constitutionnellement protégées et inscrites dans les grandes déclarations universelles se déclinent en droit privé. Tel est le cas notamment de la liberté du travail.

Celle-ci implique la liberté de travailler ou de ne pas travailler, encore que le « droit à la paresse » puisse être limité, par exemple dans le cas des chômeurs à qui l'ANPE propose un travail et la prohibition de l'obligation de travailler. Il en résulte que les contrats, de travail par exemple, ne peuvent avoir une durée perpétuelle : un contrat à durée indéterminée est par nature précaire, il peut être résilié par chacune des parties à tout moment moyennant le respect d'un préavis. Bien évidemment, le travail forcé est également prohibé.

Dans certaines circonstances, une personne *s'interdit de travailler* à travers des **conventions** (ou clauses) **de non concurrence**. On trouve ces clauses dans des contrats de cession d'une activité : cession de fonds de commerce, cession du contrôle d'une société, à charge du cédant et au profit du cessionnaire (l'acquéreur) ou bien dans des contrats de travail. Par ces clauses, le débiteur de non concurrence s'interdit de pratiquer une activité, contractuellement définie pendant un certain temps, de façon à éviter que certains secrets d'entreprise ne soient transmis ou que le clientèle n'accompagne le débiteur de non concurrence. Un salarié, un ingénieur par exemple, conclut un contrat de travail avec un employeur ; une « *clause de non*

*concurrency* » postcontractuelle, interdisant à l'ingénieur à l'issue du contrat de travailler dans une entreprise concurrente, pendant deux ans, sur un territoire déterminé, sous peine du paiement de dommages et intérêts. Ou bien un commerçant, exploitant une franchise connue, cède son fonds de commerce : il s'interdit de se réinstaller à proximité, pour réaliser la même activité, pendant une certaine durée (trois ans généralement) et sur un territoire donné là encore.

Ces clauses de non concurrence, valable en principe sur le fondement du principe de liberté contractuelle, heurte cependant tant le principe de liberté du travail que de la libre concurrence. Pour cette raison, elles sont étroitement contrôlées : elles doivent être limitées quant à l'activité interdite, dans le temps et dans l'espace, d'une part, respecter un principe de proportionnalité ensuite et, en droit du travail, être rémunérées.

### **C. – LA LIBERTE DE PENSER**

La liberté de penser, si chère à Florent Pagny, de même que la liberté de conscience sont reconnues, soit en matière de religion, soit en matière de presse, en application des principes issus de la DDHC de 1789, mais aussi de ceux de la loi de 1881 sur la presse et le délit de diffamation. L'article 29 de la loi de 1881 définit le délit de diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ».

La jurisprudence consacre également un droit à la liberté de conscience. Ainsi sont nulles les clauses qui subordonnent le legs fait à une personne à la condition que les légataires changent de religion. Est abusif le licenciement d'une enseignante d'un institut privé catholique au seul motif qu'elle est divorcée (Soc. 7 février 1968, D.1968, 429).

Il l'est également en matière politique et syndicale, avec quelques limites cependant, à la différence de pays comme les USA, interdisant certains mouvements, racistes ou nazis par exemple.

La liberté d'expression, conséquence logique, est également reconnue, avec les limites que nous observerons en matière de respect de la vie privée.

## **II – LES DROITS DE LA PERSONNALITE**

**Les droits de la personnalité.** – Toute personne a également droit au respect de son intégrité morale. Cette protection est essentiellement prétorienne : elle s'effectue par la reconnaissance, préalable à la protection, des droits de la personnalité.

### **1. – Le droit au respect de sa vie privée**

L'article 9 du Code civil, issu d'une loi du 17 juillet 1970 dispose que « *chacun à droit au respect de sa vie privée* » reprenant à son compte une jurisprudence abondante, surtout à l'égard des personnalités, des célébrités du milieu artistique ou politique.

Ce texte est complété par l'article 8 de la CEDH qui dispose que « *toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (...)* » mais également par la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1999 (RTD civ. 1999, p. 725) qui a intégré au bloc de constitutionnalité le droit au respect de la vie privée, par rattachement à l'article 2 DDHC (« le but de toute association politique est la consécration des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression »).

Il en résulte la protection, par la voie de la réparation, de la vie privée de toute personne en cas de divulgation d'informations, photographies, récits... concernant celle-ci, vie familiale, sentimentale, état de santé, mœurs, le mode de vie..., ce que Carbonnier appelle la « *sphère d'intimité* » et le droit à la tranquillité. Si tout le monde dispose d'une telle « *sphère d'intimité* », c'est donc que tout le monde a aussi une vie publique.

Evidemment, ce la ne résout pas la difficulté : quelle est cette sphère d'intimité et comment la déterminer. C'est là tout l'enjeu de la protection de la vie privée, dans son opposition avec le ***droit à l'information***.

C'est que, en effet, si tout le monde dispose d'une vie privée, ce sont en réalité les personnes plus ou moins célèbres qui profitent de cette protection, précisément parce qu'elles ont une vie publique ostensible (hommes politiques, artistes, sportifs, etc). En même temps, la protection de la vie privée de tout un chacun est, au-delà de la Une des tabloïds du week-end, un enjeu majeur dans une société dominée par l'information et son traitement : l'employeur, le banquier, l'assureur, etc, ont tendance à vouloir en savoir toujours plus sur le salarié, l'emprunteur, l'assuré, l'internaute, etc. le respect de la vie privée concerne avant tout, cette situation. La loi *Informatique et libertés* du 6 janvier 1978 tente ainsi de protéger l'accès aux données nominatives.

– ***Qu'est ce que la vie privée ?*** La notion est particulièrement complexe et sans réponse tranchée. Elle évolue au gré des situations de fait et donc de la jurisprudence. Observons que la protection de la vie privée ne vaut que dans les hypothèses dans lesquelles les informations protégées ne sont pas données spontanément par une personne.

Font partie de la vie privée, les informations relatives à la vie personnelle : l'identité d'une personne, l'origine raciale ou ethnique, la santé, les mœurs d'une personne. Ainsi, les tiers (l'employeur, le banquier) n'ont pas accès à ces informations.

En font également partie les informations à caractère familial : la vie sentimentale, conjugale ou extraconjugale, filiale, familiale.

En font partie les informations d'ordre intellectuelles : les aspirations religieuses ou philosophiques, les préférences politiques ou syndicales. Mais la frontière entre vie privée et vie publique est, pour les personnes connues, très difficile à tracer.

En revanche, relèvent de la vie publique d'une personnes les informations que cette personne rend publiques : la participation à une manifestation publique, la participation à une manifestation religieuse.

Plus complexe est la question de savoir si la vie professionnelle ou si le patrimoine fait partie de la vie privée. La jurisprudence estime que la divulgation par voie de presse d'informations concernant le patrimoine individuel n'est pas en elle-même de nature à porter atteinte au respect de la vie privée s'agissant de personnalités du monde des affaires (Civ.1ère, 28 mai 1991, D.1992, 213, note Kayser; JCP 1992, éd.G, II, 21845, note E. Ringel). Il en est de même de la profession d'une personne.

De même, l'image d'une personne fait partie de sa vie privée de sorte que sa photographie, sa reproduction d'une façon plus générale, ne peut être diffusée sans son consentement. C'est alors la question classique du reportage réalisé sur un sujet donné et qui montre une personne tierce dans une situation indésirable. Peut-elle engager d'une action en responsabilité pour violation de sa vie privée ? La réponse est en principe négative : la diffusion de son image est en effet une coïncidence (Cf. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 25 janvier 2000, JCP 2000, II, 10257, concl. J. Sainte-Rose). Il en serait différemment si cette personne était filmée de façon isolée (Cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 déc. 2000, D. 2001, IR, 182).

– La **sanction** du droit au respect de la vie privée est assurée par la voie de la responsabilité, la réparation, des dommages- intérêts. Le principe posé par l'article 1382 du Code civil impose en principe à la victime de démontrer une faute, un préjudice et un lien de causalité. L'intérêt de l'article 9 du Code civil se manifeste alors, comme la cour de cassation l'avait reconnu dans un arrêt du 5 novembre 1996 : point n'est besoin pour la victime des indécroissances de prouver une faute car le seul fait de troubler sa vie privée est présumée être une faute et causer un préjudice (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1996, D. 1997, 403, note S. Laulom), ce qui offre une facilité procédurale très importante à la victime.

Par ailleurs, la sanction est complétée par la possibilité de procéder à des saisies, des séquestres, des retraits, accentuant l'efficacité de la protection. D'ailleurs, la jurisprudence considère que le seul fait que l'atteinte à la vie privée soit réalisée par voie de presse caractérise l'urgence (Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 2000, JCP 2001, II, 10488).

Il faut également citer la loi du 6 janvier 1978 dite loi « *informatique et libertés* » qui entend réglementer « *la collecte, l'enregistrement et la conservation d'informations nominatives* ». Cette loi prévoit que l'informatique « *ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni au droit de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ».

**2. – Le droit à l'honneur** permet de voir protéger sa réputation, sa considération, soit par l'obtention de dommages-intérêts, soit par le prononcé d'une sanction pénale (diffamation, injures publiques, dénonciation calomnieuse).

L'honneur est ainsi un droit de la personnalité protégé dans la mesure où l'honneur, comme la confiance, sont des valeurs sociales essentielles.

« Calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose » pensent toutes les mauvaises langues du monde. Cependant, seule la calomnie est sanctionnée : le fait de rappeler les fautes, vraies, passées d'une personne n'est pas constitutif d'une faute, alors que cela peut procéder de la même volonté destructrice.

Inversement, si la dénonciation calomnieuse est sanctionnée, la protection de la présomption d'innocence, qui vérifie un **droit à l'innocence** (Cf. DDHC, art. 9), fait l'objet d'une attention accrue depuis quelques années. La loi du 15 juin 2000 notamment a considérablement renforcé la protection de cette présomption, limitant d'autant la liberté d'expression et le droit à l'information. Les traits les plus importants de la loi de 2000 ont été de modifier l'article 9-1 du civil qui dispose désormais que « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du préjudice subi, prescrire toute mesure, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte* ». Par ailleurs, la présentation, sans son consentement, d'une personne mise en cause dans le cadre d'une procédure pénale, avec des menottes ou sur le point d'entrer en détention provisoire est condamnable de même que le fait de réaliser ou de commenter un sondage d'opinion sur la culpabilité d'une personne (L. 29 juill. 1881, mod. L. 15 juin 2000, art. 35 ter II et III).

La calomnie, la diffamation sont pénalement sanctionnées ; D'une façon plus générale, la sanction des atteintes à la réputation d'autrui est réalisée par des actions en réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Il convient cependant de ne pas confondre calomnie et dérision, dénigrement et satire ou pastiche, comme l'affaire dite des « guignols de l'info » l'avait montré (dans cette affaire : Ass. Plén. 12 juill. 2000, RJDA 2001, n°387 ; Reims, 9 févr. 1999, D. 1999. 449, note B. Edelman ; Civ. 2ème, 2 avr. 1997, Bull. civ. II, n° 113 ; Paris, 14 mars 1995, D. 1996. Somm. p. 252, obs. M.-L. Izorche ; Comp. Paris, 30 avr. 2003, D. 2003, p. 1760, aff. *jeboycottedanone.com*) ; Paris 26 févr. 2003, D. 2003, p. 1831, note B. Edelman aff; *Greenpace c/ Areva et c/ Esso*).

**3. –Le droit à sa propre image, à la voix, au secret de sa correspondance** en vertu duquel une personne peut s'opposer à ce que des tiers reproduisent sans son autorisation son portrait.

La jurisprudence reconnaît au titulaire du droit de la personnalité la faculté d'obtenir des dommages-intérêts, la publication du jugement et l'interdiction de toute nouvelle publicité.

Cependant, la jurisprudence limite l'exercice de ce droit en considérant qu'il n'y a pas de faute à diffuser la photographie d'une personne de notoriété publique

lorsque cette photo est prise au cours de sa vie professionnelle. De la même façon, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas de faute à diffuser une photo prise dans un lieu public ou lors d'une manifestation publique.

4. – La jurisprudence a aussi affirmé l'existence d'un **droit au nom** qui est la faculté pour toute personne d'interdire l'usage de son nom dès lors qu'il y a un risque de confusion possible (ex. : TGI Versailles 2 avril 1974, aff. Béru c. Frédéric Dard; en l'espèce, le Comte de Béru se plaignait de ce que son nom soit utilisé dans les romans de F. Dard. Le TGI a rejeté la demande en raison de l'absence de toute confusion possible).