Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues

Loïc Robert

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1602>

DOI : 10.4000/revdh.1602

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Loïc Robert, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 18 novembre 2015, consulté le 21 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1602> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1602>

Ce document a été généré automatiquement le 21 décembre 2020.

Tous droits réservés

Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues

Loïc Robert

Introduction

- 1 Le droit civil distingue de manière irréductible les choses et les personnes. Il n'existe pas de catégories intermédiaires. Si bien que, par exemple, un animal, qui jusqu'à preuve du contraire n'est pas une personne, sera nécessairement considéré comme une chose.
- 2 Bien sûr, cette vision binaire est atténuée par la diversité des régimes applicables à chaque catégorie. L'animal, bien meuble, est ainsi doté de sensibilité¹. Le sang humain constitue une marchandise², dont il est néanmoins plus facile de justifier l'entrave à la libre circulation³. Il n'en demeure pas moins que les deux catégories restent parfaitement distinctes.
- 3 Se pose néanmoins la question de la possibilité de passer d'une catégorie à l'autre. Une chose peut-elle devenir une personne ? L'hypothèse, largement traitée en littérature⁴, n'est pas aussi absurde qu'elle y paraît. Les progrès de l'intelligence artificielle laissent à penser qu'un robot pourrait, à terme, se rapprocher tellement de la personne humaine qu'il faudrait envisager la personnification d'une chose. On a ainsi pu s'interroger sur la possibilité d'épouser un robot⁵ et, plus largement, sur la personnalité juridique d'une intelligence artificielle⁶. Plus actuelle est la question inverse : une personne peut-elle devenir une chose ? Ou plus exactement, peut-on réifier le corps humain⁷ ?
- 4 Le concept de réification est bien connu en philosophie depuis le début du XX^{ème} siècle à travers les écrits de la doctrine marxiste. Georg Lukàcs définissait la réification

comme « *le fait qu'un rapport, une relation entre personnes, prend la forme d'une chose* »⁸. L'idée renvoie ainsi à la domination qu'exercent, dans les sociétés capitalistes, les marchandises et la division du travail sur l'activité sociale et les formes de vie. Il est ainsi possible d'acheter et de vendre la force de travail comme une marchandise⁹. L'être humain, ou plus précisément le travailleur, est alors réduit à sa fonction productive, à sa capacité à produire de la richesse¹⁰.

- 5 On comprend dès lors que les spécialistes du droit du travail se soient les premiers intéressés à la réification¹¹. Néanmoins, l'ensemble des juristes a fini par appréhender le concept qui touche à toutes les branches du droit. En particulier, les lois de bioéthique¹², inspirées par l'évolution des technologies et la crainte de voir le corps entrer dans le commerce, ont remis en lumière la question de la « chosification » du corps humain¹³. Plus largement, la réification du corps humain pose des problèmes très concrets, dès lors que l'on s'interroge sur le régime juridique qu'il convient de lui appliquer ainsi qu'à ses produits.
- 6 La diversité des situations susceptibles de soulever de telles interrogations oblige à retenir une définition extensive de la réification. **Pour les besoins de cette étude, on considérera qu'elle consiste à inscrire un être humain – à naître¹⁴, né (vivant) ou décédé¹⁵ – ou l'un des produits de cet être, dans la position d'un objet.** Ainsi, l'enfant, sujet de droits, pourra devenir l'objet du droit d'un tiers¹⁶. Un individu pourra par ailleurs revendiquer un droit de propriété sur son propre corps, voire sur celui d'un tiers.
- 7 On commence alors à toucher du doigt les questions tant éthiques que juridiques que soulève la réification du corps humain. Pour mieux appréhender les questions soulevées, il convient de mettre en relation la notion de réification avec des concepts voisins, souvent induits par elle.
- 8 Si le corps fait l'objet d'une « chosification », il devient alors possible d'envisager qu'un individu ou une personne morale exerce sur celui-ci ses droits subjectifs et en particulier son droit de propriété. Cela n'a rien d'automatique car toutes les choses ne sont pas des biens. Mais la réification est bien un préalable à l'appropriation, dès lors que tous les biens sont des choses. Une fois considéré comme un bien sur lequel peut s'exercer un droit de propriété, le corps humain est alors susceptible d'entrer dans le **patrimoine** de l'individu ou de la personne morale. Cette patrimonialisation du corps emporte ainsi d'importantes conséquences sur son régime juridique : le corps et ses produits pourront ainsi être cédés par leur propriétaire, à titre onéreux ou gratuit¹⁷, ils pourront être loués¹⁸, volés¹⁹, ou encore considérés comme des déchets.
- 9 Plus globalement, dès lors que le corps humain entre dans un patrimoine, s'impose alors la détermination des droits subjectifs que le titulaire de ce patrimoine détient sur son corps. Alors que Karl von Savigny et Rudolf von Ihering ont pu s'interroger sur cette large question²⁰, la doctrine contemporaine s'est principalement attachée à déterminer si l'individu doit être considéré comme propriétaire de son corps²¹. Si le droit positif exclut par principe toute patrimonialisation du corps – *Dominus membrorum suorum nemo videtur* –, certaines décisions pourraient conduire à s'interroger sur la permanence de cette exclusion. En tout état de cause, il est clair que si la réification n'induit pas nécessairement la patrimonialisation, elle en constitue indéniablement le prélude. Mais en réalité, que le corps humain entre dans un patrimoine reste une question présentant un intérêt essentiellement pour les juristes.

On ne commence à percevoir la dimension sociétale et anthropologique de la réification que lorsque l'on se penche sur une autre de ses conséquences, la marchandisation.

- 10 La **marchandisation**²² du corps humain, **entendue comme la possibilité de conférer au corps et à ses produits une valeur vénale, un prix**, interpelle l'ensemble de la société. On songe immédiatement à l'esclavage, à la traite des êtres humains, à la vente d'organes ou encore aux mères porteuses rémunérées par les parents d'intention. Toutes ces questions interpellent non seulement le juriste, mais aussi l'ensemble des citoyens. Les progrès technologiques rendent aujourd'hui techniquement possible cette marchandisation : on peut aujourd'hui prélever des organes aussi bien sur une personne vivante que sur un cadavre, congeler ce dernier et l'expédier à l'autre bout de la planète, inséminer artificiellement une femme pour qu'elle porte le bébé d'une autre, ou encore cloner un individu. Toutes ces techniques ont en commun qu'elles peuvent faire l'objet d'un rapport marchand.
- 11 Or, l'insertion d'une dimension financière est incontestablement la source des réactions les plus vives relatives au phénomène de réification. On craint en effet, à juste titre, que la réification ne se traduise par une **déshumanisation**, par la perte de la spécificité de l'être humain, de l'essence même de l'homme, c'est-à-dire, de sa dignité. C'est bien de celle-ci dont découlent les principes d'indisponibilité, de non patrimonialité ou d'insaisissabilité du corps humain²³.
- 12 En définitive, la réification et la marchandisation du corps revêtent immanquablement une connotation péjorative, tant dans la doctrine juridique que dans la société. Cela n'est sans doute justifié que pour la seconde, la première n'étant pas nécessairement un problème : le sang et les organes sont bien des choses – *res* – que l'on peut donner et personne, du moins à notre connaissance, ne viendrait à remettre en cause la possibilité pour chacun de donner son sang ou son rein. Quoi qu'il en soit, pour beaucoup, il conviendrait de s'élever avec vigueur contre certaines revendications sociétales contemporaines qui impliqueraient, de près ou de loin, de se diriger vers la chosification voire la marchandisation du corps. S'appuyant sur la fonction anthropologique du droit²⁴, des auteurs ont ainsi défendu l'idée selon laquelle le principe de dignité serait l'axiome de l'ordre juridique²⁵, dont le but premier serait de s'ériger en rempart contre « *une certaine folie du "je veux"* »²⁶. Inspiré tout entier du principe de dignité, le droit aurait ainsi vocation à entraver les désirs des uns et des autres pour prémunir l'ensemble de la société des dérives de l'individualisme.
- 13 Théoriquement contestable²⁷, la thèse de ces auteurs vient se heurter frontalement à ceux qui, au nom des droits de l'homme, défendent la légalisation de certaines pratiques impliquant directement le corps humain, telles que la prostitution, l'euthanasie, la procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui, etc. Au nom de la liberté d'un individu de disposer de son corps, ce dernier devrait pouvoir l'aliéner, le vendre, le louer. On ne peut nier d'ailleurs que d'un point de vue purement lexicale, le droit de disposer de son corps apparaît assez antinomique avec le principe d'indisponibilité. C'est dans ce contexte que la confrontation des phénomènes de réification ou marchandisation avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme prend tout son sens.
- 14 Au cours des quinze dernières années, nombre de décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme ont suscité de vives réactions dénonçant la propension du juge européen à favoriser *de facto* la réification ou la marchandisation du corps. Un petit tour d'horizon des domaines concernés permet de cerner d'emblée

l'étendue du problème. La Cour a été amenée à se prononcer sur l'adoption par les personnes homosexuelles, suscitant le débat autour d'un éventuel droit à l'enfant²⁸. Elle a par ailleurs dû s'interroger sur le droit d'une personne de porter atteinte à sa propre intégrité physique dans le cadre de pratiques sadomasochistes²⁹. Elle a également dû se prononcer sur les effets de conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger alors que le droit national interdit cette pratique³⁰. Elle a en outre été amenée à envisager l'hypothèse d'un enfant mort-né jeté à la poubelle tel un déchet³¹. Enfin, toute une série d'affaires l'a contrainte à s'interroger sur les droits d'un individu sur son corps ou ses produits³².

- 15 Toutes ces affaires se caractérisent par l'extrême sensibilité des questions abordées sur le plan éthique. Le débat est ainsi marqué par des prises de position parfois virulentes du personnel politique et religieux. La dispute est en outre attisée par la dimension économique des activités en cause. Il suffit de songer à cet égard aux femmes indiennes rémunérées 2500€ dans le cadre de convention de mères porteuses³³ ou encore au marché extrêmement lucratif de la prostitution³⁴.
- 16 Très logiquement, on retrouve le débat dans la doctrine juridique, dont une part s'émeut régulièrement des solutions adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁵. On a ainsi vilipendé une Cour « tyrannique »³⁶ qui ne garantirait des droits qu'à « l'homme du marché »³⁷. La Cour privilégierait ainsi une conception (ultra)libérale des droits de l'homme, encouragerait une dignité subjective, individualiste, au détriment d'une dignité objective, interdisant par la même à l'État de lutter contre les prétentions illégitimes des individus sur leur propre corps³⁸. La Cour consacre-t-elle, en substance, la réification du corps humain par le truchement des droits de l'homme ? Contribue-t-elle à faire du corps un objet marchand ? Les États ne sont-ils véritablement plus en mesure de conférer une réelle effectivité au principe d'indisponibilité du corps humain ?
- 17 On démontrera ici que ces craintes sont manifestement mal fondées pour reprendre le vocabulaire de la Cour. En effet, rien dans la jurisprudence de la Cour ne tend à assimiler *explicitement* le corps humain ou l'un de ses produits à un bien susceptible d'appropriation ou de commerce (I). En outre, rien ne permet d'affirmer que la Cour favorise, d'une manière ou d'une autre, une réification ou marchandisation *induite* du corps humain (II). Enfin, on démontrera au contraire que la Cour entend protéger le corps humain contre ces dérives (III).

I – L'exclusion de la réification/marchandisation explicite du corps

- 18 La réification explicite ou formelle du corps humain ne pourrait procéder, dans le cadre du système de la Convention, que par l'assimilation du corps et de ses produits à la notion autonome de « bien » développée par la Cour. Qualifié comme tel, le corps serait alors non seulement une chose, mais aussi un « bien », au sens du droit français, ce qui ouvrirait donc la porte non seulement à sa réification, mais également à sa marchandisation. Or, force est de constater qu'il n'en est rien. Jamais la Cour n'a qualifié le corps humain ou l'un de ses produits de « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (A). En outre, et alors même que cette notion de bien est particulièrement large dans la jurisprudence de la Cour³⁹, cette dernière n'a pas plus entendu reconnaître un quelconque droit de propriété tiré d'une activité

professionnelle, communément jugée attentatoire à l'intégrité physique de la personne (B).

A. L'impossible qualification autonome du corps humain en tant que bien

- 19 À ce jour, jamais la Cour EDH n'a qualifié le corps humain ou l'un de ses produits de « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Plus encore, aucun arrêt n'a encore abordé cette question. Ce seul constat pourrait déjà battre en brèche l'idée selon laquelle la Cour cautionnerait, voire, encouragerait, la réification du corps. Mais ce constat mérite tout de même que l'on s'y attarde. Comment expliquer l'absence d'affaires portées devant la Cour mettant en cause la réification explicite du corps humain ? Pourquoi aucun requérant n'a-t-il cru opportun de demander à la Cour de reconnaître une violation de son droit de propriété parce qu'on l'aurait empêché de vendre son sang, son rein ou autres⁴⁰ ?
- 20 Une première piste réside dans la probable autocensure des plaideurs, ou plutôt dans leur stratégie contentieuse. Ces derniers évitent vraisemblablement de fonder leur prétention sur un quelconque droit de propriété et préfèrent invoquer d'autres dispositions de la Convention. Ainsi, les parents d'intention n'invoqueront pas leur droit de propriété sur leur enfant né de GPA⁴¹. En revanche, si la femme devenue stérile n'a pas revendiqué la propriété d'embryons préalablement congelés dans l'affaire *Evans contre Royaume-Uni*⁴², tel a été le cas dans l'affaire *Parrillo contre Italie*⁴³.
- 21 La seconde piste, plus convaincante, réside dans l'irrecevabilité des requêtes tendant à revendiquer tout droit de propriété sur le corps. Nul ne doute en effet, au vu du caractère ubuesque de certaines requêtes adressées à la Cour, que le greffe a bien dû examiner de telles requêtes. Dès lors, l'absence d'arrêt ne pourrait procéder que du rejet de celles-ci au stade de l'examen de leur recevabilité. L'explication la plus satisfaisante permettant de comprendre l'absence de réification formelle du corps procède donc de l'incapacité de ce dernier à intégrer la notion de « bien », au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Or, de jurisprudence constante, l'absence de bien entraîne l'irrecevabilité *ratione materiae* de toute requête fondée sur cette disposition⁴⁴.
- 22 Pourtant, la notion de bien est autonome et la Cour l'entend très largement⁴⁵. Elle comprend en particulier les créances, à la condition qu'elles soient certaines, ou, à tout le moins, qu'elles aient fait naître une espérance légitime⁴⁶. On perçoit alors l'intérêt du recours à cette notion d'espérance légitime pour quiconque souhaiterait revendiquer un droit de propriété sur son corps. Il lui suffirait en effet de montrer qu'il pouvait légitimement penser retirer un gain financier de la commercialisation de celui-ci. Cependant, la Cour a pris soin de confiner⁴⁷ cette notion en précisant que « *lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux* »⁴⁸. Dit autrement « *dispose d'un bien celui qui peut légitimement espérer voir une créance se concrétiser sur la base d'une loi ou d'une jurisprudence établie, parce qu'il remplit les conditions posées et qu'il a toutes les raisons de penser que celle-ci continuera à s'appliquer* »⁴⁹.
- 23 En conséquence, dès lors que le droit national exclut du commerce le corps humain et ses produits, l'article 1 du Protocole n° 1 apparaît inapplicable. Ainsi, un individu ne saurait prétendre avoir une espérance légitime d'un gain financier par la vente de son

sang, de ses organes ou d'un embryon, dès lors que le droit interne exclut toute marchandisation. Pour se risquer au jeu toujours périlleux de la prédiction jurisprudentielle, on ne peut concevoir que la Cour admette être en présence d'un bien dans l'affaire *Parrillo contre Italie*. On rappellera que dans cette affaire, la requérante souhaitait, à la suite du décès de son mari, donner les embryons créés *in vitro* avec celui-ci à des fins de recherche scientifique. La loi italienne interdisant l'expérimentation sur les embryons humains, elle avait saisi la Cour en se fondant notamment sur l'article 1^{er} du Protocole n° 1. La Cour ne s'est pas estimée en mesure de se prononcer sur la recevabilité de ce grief et l'affaire a depuis lors été renvoyée en Grande chambre. Sans trop s'avancer, on peut cependant se risquer à souligner que dès lors qu'elle refuse de se prononcer sur le statut de personne à accorder à l'embryon⁵⁰, on voit mal comment la Cour pourrait le qualifier de bien. Surtout, dans la mesure où le droit italien interdit toute expérimentation et toute patrimonialisation des embryons, la requérante ne peut prétendre avoir eu l'espérance légitime de pouvoir en faire don. Partant, la Grande Chambre ne pourra que conclure à l'irrecevabilité du grief fondé sur la violation du droit de propriété.

- 24 Il en va certes différemment si le droit interne autorise de telles pratiques, ou si, à tout le moins, il les tolère⁵¹. Ainsi, on pourrait imaginer qu'en Allemagne, où le don du sang est rémunéré, un individu n'ayant pas obtenu de rémunération puisse se prévaloir d'une créance assimilable à un bien au sens de la Convention. Dans ces conditions néanmoins, la réification, ou marchandisation des produits du corps n'est pas le fait de la Cour, qui ne l'impose d'aucune manière puisqu'elle renvoie expressément au droit interne. En d'autres termes, la réification de l'embryon, des produits du corps ou encore du cadavre ne peut procéder que du droit national et certainement pas de la jurisprudence de la Cour. Il en va d'ailleurs de même s'agissant des activités professionnelles attentatoires à l'intégrité physique.

B. L'impossible qualification autonome des activités professionnelles attentatoires à l'intégrité physique en tant que bien

- 25 Au-delà de la réification et de la marchandisation directe du corps humain et de ses produits, se pose la question d'une marchandisation indirecte du corps dans les cas où serait en cause une activité professionnelle jugée attentatoire à l'intégrité physique. Dans les deux cas, la réification s'opérerait par le truchement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. S'agissant de l'activité professionnelle, on retrouve, d'un point de vue théorique, la réification comme envisagée dans la philosophie marxiste du début du XX^{ème} siècle. À cette différence près néanmoins que la réification ne procède pas uniquement de l'achat d'une force de travail par l'employeur, mais du lien de causalité entre cet achat et une atteinte à l'intégrité physique du travailleur.
- 26 En pratique, l'hypothèse renvoie en particulier à des pratiques jugées contraires à la dignité humaine. On songe bien sûr au lancer de nain⁵², que la Commission des droits de l'homme a eu l'occasion d'examiner, sans que la décision rendue soit très significative en raison de l'incongruité des griefs soulevés⁵³. On pense surtout à la prostitution que de nombreux auteurs assimilent à une forme de réification⁵⁴. Pour ceux-ci la prostitution serait la forme ultime de chosification du travailleur, acheté pour satisfaire le désir d'un client. Que la prostitution résulte d'un libre choix⁵⁵ se révélerait d'ailleurs sans aucune incidence. En effet, même consentie, elle resterait « une

exploitation indigne de personnes subissant anormalement une pathologie sociale »⁵⁶. Il ne s'agit pas de rentrer ici dans le débat politique, philosophique ou moral relatif à l'abolition, la prohibition ou la réglementation de la prostitution. Tout au plus fera-t-on remarquer, comparaison n'étant pas raison, qu'il serait sans doute discutable d'assimiler la pratique prostitutionnelle à d'autres pratiques, tel que le lancer de nain, pour en déduire sa contrariété avec la dignité humaine⁵⁷. La question posée dans le cadre de cette étude consiste plus modestement à s'interroger sur l'appréhension de la prostitution par la Cour européenne. Peut-on revendiquer un droit de propriété sur les revenus tirés de la prostitution ? Le corps des personnes prostituées pourrait-il être assimilé à leur « outil de travail », comme l'est la terre pour l'agriculteur⁵⁸ ?

- 27 Dans la jurisprudence de la Cour, il est admis que la notion de bien recouvre l'ensemble des « *activités économiques* », quand bien même d'ailleurs ces dernières se dérouleraient sur une parcelle de terrain dont le requérant ne possède pas de titre de propriété officiel⁵⁹. Ainsi, l'exploitation du bois ou l'élevage sont susceptibles d'être considérés comme des biens au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1⁶⁰. Ce qui compte, c'est l'intérêt patrimonial de celui qui revendique un droit de propriété. Faut-il en déduire par analogie qu'un individu peut revendiquer la propriété d'un bien consistant en l'exploitation sexuelle de son propre corps ? Rien n'est moins sûr en réalité.
- 28 Certes, la prostitution pourrait s'analyser comme un « *contrat de service conclu [ayant] pour objet les prestations sexuelles offertes par [la personne prostituée] grâce à son corps qui devient objet de travail et qui peut donc revêtir la qualité d'intérêt patrimonial* »⁶¹. C'est d'ailleurs la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui considère que la « *prostitution constitue une prestation de services rémunérée qui [...] relève de la notion d'"activités économiques"* »⁶².
- 29 Cependant, il n'est tout d'abord pas certain que la Cour européenne qualifie l'activité prostitutionnelle de « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1. Surtout, même en admettant que la personne prostituée puisse revendiquer l'existence d'un bien et d'un droit de propriété sur celui-ci, l'interdiction de la prostitution, constitutive d'une ingérence dans ce droit, serait nécessairement justifiée au regard de la marge d'appréciation considérable laissée par la Cour aux États dans ce domaine. Il faut rappeler en effet que si la Cour n'a jamais eu à se prononcer sur une affaire mettant en cause une personne prostituée invoquant la violation de son droit de propriété, elle a cependant eu l'occasion d'affirmer dans l'affaire *V.T. contre France* que, s'agissant de la prostitution, « *il est manifeste qu'il n'y a pas de consensus européen* »⁶³. En conséquence, un État ayant décidé d'appliquer un régime prohibitionniste – dans lequel la prostitution en tant que telle est interdite – ne saurait se voir condamner par la Cour saisie d'une requête visant à faire reconnaître une violation de l'article 1^{er} du Protocole n°1 dans le chef d'une personne désirant se prostituer. Il est dès lors clairement erroné de voir dans cet arrêt – dans lequel la Cour s'est d'ailleurs bien gardée d'associer la prostitution à l'autonomie personnelle –, la consécration du corps humain comme « *une valeur marchande comme une autre que son propriétaire a le droit absolu de faire fructifier, peu important sa nature corporelle* »⁶⁴.
- 30 En définitive, la seule hypothèse dans laquelle on pourrait imaginer une condamnation d'un État sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, c'est celle dans laquelle la prostitution serait légale dans cet État, et où les autorités internes entraveraient, sans base juridique ou justification, l'activité d'une personne prostituée. Mais dans une telle hypothèse, si l'on doit considérer que le constat de violation du droit de propriété doit

s'analyser en une forme de réification ou de marchandisation du corps, ce ne peut être que du fait de l'État en cause et non de la Cour. On peut sans doute admettre que, d'un point de vue prohibitionniste, il soit regrettable que la Cour n'impose pas aux États d'interdire la prostitution, contrainte et non choisie, en tant qu'elle serait contraire à l'article 3. Cela aurait en effet pour conséquence immédiate de rendre irrecevable toute requête fondée sur l'article 1^{er} du Protocole n°1⁶⁵. Cependant, en l'absence de tout consensus entre les États européens, la Cour ne saurait imposer un régime prostitutionnel uniforme et ne peut donc que laisser aux États le soin de décider eux-mêmes le statut juridique qu'il convient d'appliquer à la prostitution.

- 31 Ce *self restraint* de la Cour européenne est d'ailleurs partagé par la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière juge en effet que les États membres ont la possibilité d'imposer des restrictions à l'admission ou au séjour des personnes prostituées, à la condition néanmoins d'interdire l'activité prostitutionnelle à ses propres ressortissants⁶⁶. Ainsi donc, tant la Cour européenne que la Cour de justice laissent en réalité les États libres de déterminer le régime qu'il convient d'appliquer à la prostitution, et n'imposent en aucun cas à ceux-ci de légaliser une activité dont on peut estimer, à juste titre, qu'elle procède d'une forme de réification et de marchandisation du corps humain. En d'autres termes, si réification il y a, c'est bien du fait des États et non de la Cour.
- 32 En fin de compte, aucun arrêt rendu par la Cour à ce jour ne permet d'affirmer que celle-ci tend à assimiler le corps humain ou ses produits à des biens au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1. Il reste cependant que la doctrine la plus critique à l'égard de la Cour européenne, qui agirait en sous-main pour la consécration libérale de l'homme « objet marchand », fonde son argumentation sur une prétendue réification induite.

II – L'exclusion de la réification/marchandisation induite du corps

- 33 Au-delà de la réification explicite fondée sur l'article 1^{er} du Protocole n°1, se pose la question d'une réification implicite, ou plutôt induite, résultant en particulier des droits reconnus par la Cour sur le fondement de l'article 8. La consécration du droit à l'autonomie personnelle a ainsi été interprétée par certains comme le signe d'une réification rampante du corps humain en ce qu'elle consacre le droit de disposer librement de son propre corps (A). Plus récemment, ce sont les arrêts relatifs à la gestation pour autrui qui ont suscité l'émoi d'une partie de la doctrine qui a pu y voir la caution d'une pratique de marchandisation du corps (B).

A. Le faux procès fait à l'autonomie personnelle

- 34 La réification ou marchandisation induite résulterait, en premier lieu, de la consécration par la Cour de la notion d'autonomie personnelle⁶⁷. Certains voient en particulier dans cette notion le symbole d'un système libéral, « un leurre, un alibi, un écran de fumée »⁶⁸, susceptible de conduire à la marchandisation du corps. Muriel Fabre-Magnan s'interroge ainsi : « Face au risque actuel de marchandisation généralisée, notamment des êtres humains, si l'autonomie personnelle permet d'opérer des choix concernant son propre corps [...], comment va-t-on mettre une limite à l'utilisation de cette liberté contre l'argent ? [...]. Comment interdire cette marchandisation si elle est consentie et si le seul outil

dont on accepte de se servir est l'autonomie personnelle ? »⁶⁹. Plus encore, l'autonomie personnelle serait susceptible de conduire à une « déconstruction et un retournement mortifères, de nature à détruire la démocratie et les droits de l'homme »⁷⁰.

- 35 Fort heureusement, l'autonomie personnelle a aussi ses défenseurs⁷¹, et, à y regarder de plus près néanmoins, accuser la Cour et l'autonomie personnelle d'être responsables de tous les maux découlant d'une dérive néolibérale condamnable apparaît quelque peu disproportionné, et même, pour le dire sans euphémisme, contestable. La typologie des arrêts dans lesquels la Cour se réfère à l'autonomie personnelle démontre au contraire que le lien opéré avec la réification ou la marchandisation est loin d'être « matérialisé ». L'autonomie personnelle est visée tout d'abord dans les affaires relatives à l'euthanasie⁷². En quoi la jurisprudence de la Cour pourrait être assimilée ici en la consécration de la marchandisation du corps ? D'un point de vue théorique d'une part, on peine à comprendre en quoi l'euthanasie ou le suicide assisté devraient participer d'une telle marchandisation. Tout au plus pourrait-on tenter d'y voir une forme de réification en assimilant le suicide à une forme d'*abus*, mais ce serait là une façon « ultrapropriétaire » de l'envisager. Tout phénomène social ne peut pas être perçu sous l'angle du droit de propriété. D'un point de vue pratique d'autre part, la Cour a systématiquement conclu à la non-violation de l'article 8 dans son volet matériel⁷³ en prenant notamment appui sur l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États dans ce domaine. De la même façon, on peine à cerner le lien existant entre la reconnaissance de droits aux personnes transsexuelles⁷⁴ et la réification du corps. À moins de réduire le transsexualisme au droit de s'automutiler, les droits revendiqués par les personnes transsexuelles ne poussent en aucun cas à la marchandisation du corps humain, ni même à sa réification.
- 36 En réalité, toute l'argumentation des contempteurs de l'autonomie personnelle repose pour l'essentiel sur l'arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique*⁷⁵. On ne reviendra pas en détail sur cette affaire qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. On se bornera à rappeler que l'affaire mettait en cause un magistrat et un médecin qui avaient été condamnés notamment pour coups et blessures volontaires en raison des mauvais traitements infligés à l'épouse du premier dans le cadre de pratiques sadomasochistes extrêmement violentes. Si la Cour conclut *in fine* à l'absence de violation de la Convention, c'est son raisonnement relatif à l'article 8 qui aura retenu l'attention. Reprenant sa définition de l'autonomie personnelle énoncée dans l'affaire *Pretty*, elle en déduit que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre d'un individu. Il faut, dès lors, qu'il existe des "raisons particulièrement graves" pour que soit justifiée une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité »⁷⁶. En l'espèce, la Cour a bien trouvé de telles « raisons particulièrement graves », en raison de l'absence de consentement de la « victime ». Il n'en fallait pas plus pour que certains voient dans cet arrêt le signe que dans le rapport de soi à son propre corps, seule l'absence de consentement est de nature à justifier une mesure d'interdiction de certaines pratiques. Autrement dit, rien n'empêcherait un individu, dès lors qu'il est consentant, de vendre l'un de ses reins, de se prostituer ou, plus généralement, de se mettre en danger, sans que l'État ne puisse s'y opposer. Ériger le consentement en seul et unique rempart contre les potentialités de l'autonomie personnelle constituerait ainsi une menace pour tous ceux dont le consentement serait vicié pour des raisons diverses (économiques, intellectuelles, etc.). Cette analyse ne semble cette fois encore ne pas devoir être retenue.

- 37 Il est en premier lieu assez déroutant de s'appuyer sur l'arrêt *K.A. et A.D.*, mettant en scène des personnages issus de la bourgeoisie belge, pour affirmer qu'avec « l'autonomie du consentement, on se sert du consentement pour mettre les faibles à disposition des forts, les pauvres au service des riches »⁷⁷. Il faut en second lieu bien rappeler que la Cour statue *in concreto* et prend donc en considération des éléments spécifiques de l'affaire. Or, rien ne dit que d'autres considérations que le consentement puissent être tenues pour des raisons particulièrement graves de nature à mettre en échec l'autonomie personnelle. Prenons l'exemple de la transmission volontaire du VIH, considérée par la Cour de cassation comme constitutive du délit d'administration de substances nuisibles lorsqu'elle est opérée à l'insu de la victime⁷⁸. Qu'advierait-il si la Cour européenne était saisie d'une requête d'un individu condamné sur ce fondement alors même que la « victime » était consentante⁷⁹ ? Peut-on réellement imaginer qu'elle ne verrait aucune raison particulièrement grave justifiant la condamnation du contamineur malgré sa liberté sexuelle de principe ? Une telle hypothèse ne semble guère sérieuse. En réalité, la notion d'autonomie personnelle permet à la Cour d'offrir une protection de principe extrêmement large contre toute immixtion de l'État dans la vie privée, et notamment la vie sexuelle de chacun, ce qui est heureux, tout en prenant garde de prévoir systématiquement la possibilité résiduelle pour l'État de s'opposer à certaines pratiques.
- 38 En définitive, lorsque la Cour évoque les droits attachés à la notion d'autonomie personnelle, elle ne vient que préciser la substance des droits protégés par l'article 8 de la Convention. Une telle affirmation ne permet donc, en cas de restriction de ces droits, que de déterminer l'existence d'une ingérence, mais certainement pas d'une violation, ces droits n'étant pas absolus. On remarquera ainsi que si la Cour a pu affirmer le « droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin »⁸⁰, le droit d'entretenir des relations sexuelles ou de disposer librement de son corps, cela n'a qu'exceptionnellement donné lieu à une condamnation des États et aucune de ces condamnations n'a suscité la moindre critique de la part de la doctrine. En d'autres termes, c'est souvent par extrapolation que l'on voit dans l'autonomie personnelle un risque de marchandisation du corps. « En théorie, tout devient alors possible »⁸¹, écrivait notamment Bernard Edelman. Mais en pratique, « vente d'organes, vente de cellules, vente d'embryons congelés, vente de sang »⁸² ne restent que des fantasmes.
- 39 Que pour des raisons morales, philosophiques ou religieuses on réprouve le sadomasochisme, l'euthanasie ou le transsexualisme est tout à fait respectable, du moins lorsque cela ne conduit pas à porter atteinte au droit des personnes concernées. Que l'on puisse s'émouvoir de certains arrêts de la Cour est tout à fait légitime. Mais que l'on s'appuie sur des arrêts, dans lesquels la Cour se réfère quasiment systématiquement à la marge d'appréciation de l'État pour conclure à l'absence de violation, afin d'affirmer qu'elle contribue à la réduction de l'humain à l'économie, voilà qui relève du fantasme. Il en va de même s'agissant des arrêts relatifs à un prétendu « droit à l'enfant ».

B. Le faux débat autour de la gestation pour autrui

- 40 Initialement évoqué au sujet des arrêts relatifs à l'adoption par des personnes homosexuelles, le « droit à l'enfant »⁸³ a refait surface avec le débat autour de la

gestation pour autrui, suite aux arrêts rendus par la Cour de cassation en 2011⁸⁴ puis 2013⁸⁵, et par la Cour européenne des droits de l'homme en 2014⁸⁶ et 2015⁸⁷.

- 41 Pour une partie de la doctrine, les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg s'analyseraient en la caution d'une pratique inacceptable, car vectrice d'une forme de réification. La réification résulterait tout d'abord du passage de l'enfant « sujet de droit » à l'enfant « objet de droit » d'un tiers. Ce n'est pas tant le corps qui est alors en cause, mais la personne même de l'enfant. Pour certains auteurs, ce dernier serait ainsi l'objet d'un contrat de vente⁸⁸. Mais si l'on évoque une réification du corps, c'est aussi en référence à celui de la mère porteuse. Une convention de gestation pour autrui à titre onéreux sera ainsi considérée comme un contrat de location d'utérus, symbole de la marchandisation du corps humain.
- 42 La pensée de ces auteurs peut alors être résumée ainsi :
- la gestation pour autrui revient à réifier et marchander l'enfant et/ou le corps de la mère porteuse ; c'est donc à juste titre que la Cour de cassation française s'est opposée à la transcription sur les registres d'état civil des actes de naissance établis à l'étranger ;
 - *a contrario*, la reconnaissance juridique du lien entretenu par l'enfant né de GPA à l'étranger avec ses parents d'intention revient à cautionner la marchandisation de l'enfant et du corps de sa mère biologique ; il est donc inadmissible que la Cour européenne des droits de l'homme ait pu condamner la France et l'Italie dans les affaires *Menesson*, *Labassée* et *Paradiso et Campanelli*.
- 43 Ce raisonnement, tant dans ses postulats que dans ses conclusions, nous paraît fondamentalement erroné. Il ne s'agit pas de prendre parti pour ou contre la gestation pour autrui : l'avis des juristes sur ce sujet n'est certes pas moins, mais pas plus légitime ou savant que celui de n'importe quel citoyen. Il faut donc savoir rester à sa place et ne pas se parer des atours du droit pour justifier une position personnelle respectable, mais extrajuridique⁸⁹.
- 44 En premier lieu, le postulat selon lequel la gestation pour autrui serait nécessairement empreinte du sceau de la marchandisation du corps est discutable. Sans avoir beaucoup d'appétence pour cette pratique, on doit reconnaître que dans certains cas, la gestation pour autrui semble bien éloignée de l'achat ou de la vente d'enfants⁹⁰.
- 45 En second lieu surtout, quand bien même on assimilerait convention de mère porteuse et réification, il est tout à fait injustifié de voir dans la jurisprudence de la Cour européenne une quelconque incitation à la gestation pour autrui. Sans revenir en détail sur les arrêts en cause, il importe de rappeler tout d'abord que dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*, la Cour a conclu à l'absence de l'article 8 dans son volet « vie familiale », dans le chef des parents et des enfants. Pour en arriver à cette conclusion, elle s'est appuyée d'une part sur la situation factuelle des requérants qui n'étaient pas empêchés par les autorités de partager ensemble une vie familiale (presque) normale. D'autre part, la Cour a construit son raisonnement autour de la marge d'appréciation considérable dont jouissent les États sur une question qui ne fait l'objet d'aucun consensus en Europe. L'hétérogénéité des législations européennes tend ainsi à conférer un poids beaucoup plus important aux buts légitimes invoqués par la France et reconnus par la Cour, parmi lesquels la protection de la mère porteuse⁹¹. La Cour accepte donc, ce qui a été critiqué par certains auteurs⁹², que la France se montre plus sensible à l'intérêt de la mère porteuse qu'à la vie familiale des parents d'intention et de leurs enfants. La solution retenue est d'ailleurs constante, comme en témoigne la

décision *D. contre Belgique*⁹³, rendue quelques jours à peine après les arrêts *Mennesson* et *Labassée*.

- 46 La condamnation de la France ne repose donc que sur la violation du droit au respect de la vie privée des enfants *Mennesson* et *Labassée*, privés des droits afférents à leur filiation et de la reconnaissance officielle de leur nationalité française. Or, cette condamnation ne peut ainsi en aucun cas être considérée comme un blanc-seing délivré aux parents d'intention et encore moins comme l'élévation du droit de vendre des enfants au rang de droit de l'homme. En réalité, la Cour ne fait que consacrer l'enfant en tant que personne juridique créancière de droits subjectifs, dont le droit à la nationalité et le droit à l'identité⁹⁴. Dès lors que ces droits sont reconnus par la Cour depuis bien longtemps⁹⁵, celle-ci n'avait d'autres choix que de les reconnaître à ces enfants, dont l'intérêt doit primer conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant⁹⁶, et ce quand bien même ils seraient issus de GPA. Toute autre décision aurait abouti, en substance, à dénier à des personnes humaines les droits qu'ils détiennent du seul fait de leur appartenance à l'humanité. En d'autres termes, la Cour ne fait que tirer les conséquences de cette appartenance, ce qui revient précisément à rejeter toute réification.
- 47 L'affaire *Paradiso et Campanelli* doit être distinguée des deux précédentes à plusieurs égards. On rappellera brièvement qu'en l'espèce, un couple d'Italiens avait conclu une convention de mère porteuse en Russie et qu'à leur retour avec l'enfant, ils demandèrent en vain l'enregistrement du certificat de naissance. La particularité de l'affaire vis-à-vis des arrêts *Mennesson* et *Labassée* réside tout d'abord dans l'absence de qualité à agir des parents d'intention au nom de leur enfant. Contrairement aux cas français, aucun des deux époux italiens n'avait de lien biologique avec l'enfant, et, en l'absence de tout lien juridique, la Cour ne pouvait que conclure à l'irrecevabilité de la requête *ratione personae*. La solution adoptée par la Cour dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* était donc inapplicable. La singularité de l'affaire se caractérise en outre par le fait que les autorités italiennes avaient retiré l'enfant huit mois après sa naissance au motif que les requérants ne seraient pas capables de l'éduquer. Cela posait la question de l'existence même d'une vie familiale entre les parents d'intention et leur enfant. Cependant, la brièveté de la relation n'empêche pas l'existence d'une vie familiale⁹⁷. Dès lors, pour ne pas s'écarter d'une jurisprudence constante, la Cour ne pouvait que conclure à l'existence d'une vie familiale. Celle-ci reconnue, conformément au principe posé dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, la Cour considère qu'en « *faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable* »⁹⁸. Les parents d'intention ne sauraient en effet invoquer leur droit au respect de leur vie familiale au seul motif que les autorités internes ont refusé de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger.
- 48 La particularité de cette affaire repose en outre sur le comportement des autorités italiennes, qui retirèrent l'enfant à ses parents d'intention huit mois après sa naissance, au motif que ces derniers ne seraient pas en mesure de s'occuper de lui. Conformément à sa jurisprudence, la Cour ne pouvait que conclure dans ces circonstances à la violation de l'article 8 en raison de la mesure d'éloignement. En effet, « *l'éloignement de l'enfant est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit correspondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci* »⁹⁹. Ce n'est donc pas le refus de transcription qui est

en cause ici, mais bien le retrait de l'enfant à ses parents d'intention. La Cour ne dit finalement pas autre chose que la Cour de cassation française dans l'affaire *Mennesson*, laquelle justifiait la comptabilité du refus de transcription avec les exigences de l'article 8 par le fait que ce refus n'empêchait pas les enfants de vivre avec leurs parents¹⁰⁰. Quoiqu'il en soit, on pense de l'attitude des parents d'intention¹⁰¹, au vu du caractère extrême de la mesure d'éloignement, on peine à imaginer comment la Cour aurait pu ne pas conclure à la violation¹⁰². Surtout, la Cour se montre tout à fait cohérente avec son souci de préserver en priorité l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle ajoute en effet, que « *compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés* »¹⁰³. Partant, si l'intérêt de l'enfant contraint les États à leur reconnaître des droits, même lorsqu'ils sont issus de GPA, même lorsque cela conduit à remettre en cause l'interdiction de cette pratique, la Cour n'hésite pas à faire prévaloir le même intérêt de l'enfant au détriment des parents d'intention, quand bien même ces derniers auraient vu leurs droits violés. Elle témoigne ainsi de son souci d'accorder à l'enfant tous les droits qui sont inhérents à son appartenance au genre humain, quitte à les faire prévaloir sur les droits des tiers ou sur les valeurs défendues par l'État.

- 49 En définitive, les arrêts relatifs à la GPA ne consacrent aucun « droit à l'enfant » ou possibilité de conclure un contrat de location de ventre, mais rappellent de manière salutaire que celui-ci est titulaire de droits. La prétendue pente glissante vers la réification ou marchandisation du corps apparaît ainsi bien plane et rugueuse. Ni réification explicite, ni marchandisation induite, la Cour ne mérite sans doute pas l'image caricaturale que certains commentaires ont pu véhiculer. Cela est d'autant plus vrai que l'on peut au contraire percevoir dans sa jurisprudence, la volonté de protéger le corps humain de telles dérives.

III – La protection offerte par la Convention contre toute réification/marchandisation du corps

- 50 Loin d'affirmer la possibilité de revendiquer un quelconque droit de propriété sur son corps ou de cautionner les rapports marchands relatifs au corps humain, la Cour montre au contraire la volonté de lutter contre de telles dérives en consacrant très clairement la sacralité du corps humain. On songe en particulier aux arrêts relatifs à l'interdiction de la stérilisation forcée des femmes roms¹⁰⁴ ou encore à l'obligation faite aux États de protéger les individus contre toute forme d'esclavage ou de travail forcé¹⁰⁵. Mais cette protection offerte par la Cour s'illustre également après la mort. Cela est d'autant plus remarquable que les affaires en cause concernent des personnes décédées qui, de ce fait, ne peuvent agir devant la Cour.
- 51 La première affaire, *Akpınar et Altun contre Turquie*, concerne des mutilations *post mortem* perpétrées par les forces de sécurité turques sur les cadavres de deux individus soupçonnés d'appartenir au Parti communiste de Turquie. Les oreilles de ceux-ci avaient en effet été sectionnées. Saisie par des membres de leur famille, la Cour devait notamment se prononcer sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention dans le chef des personnes décédées d'une part, et dans celui des requérants d'autre part. S'agissant des premiers, la Cour avait tout d'abord constaté que les mutilations avaient bien eu lieu après leur mort. Elle était alors contrainte de rejeter cette partie de la

requête comme irrecevable *ratione materiae* : « la Cour n'a jamais appliqué l'article 3 de la Convention à l'égard d'une dépouille ayant subi des profanations. La présente chambre ne le fera pas non plus, estimant que la qualité d'être humain s'éteint au décès et que, de ce fait, la prohibition des mauvais traitements ne s'applique plus à des cadavres [...] malgré la cruauté des faits en question »¹⁰⁶. Juridiquement, la solution était inévitable : on ne peut pas torturer ou infliger de mauvais traitements à un cadavre.

- 52 Le risque était cependant de laisser sans conséquence des actes d'une barbarie telle qu'ils étaient de nature à remettre en cause l'humanité même des défunts. Comme le faisait valoir le juge Fura-Sandström dans son opinion dissidente, « la profanation gratuite d'un corps est un affront manifeste à la dignité humaine, au mépris de l'article 3 »¹⁰⁷. C'est donc sans aucun doute avec le souci d'apporter une réponse appropriée à cet acte barbare que la Cour conclut à l'existence d'un traitement dégradant dans le chef des requérants, du seul fait de l'angoisse résultant des mutilations *post-mortem* de leurs proches. Si juridiquement, la violation reconnue ne vaut que pour les vivants, nul doute que la Cour répare également l'atteinte portée aux cadavres¹⁰⁸.
- 53 Cette exigence de traitement respectueux de la dépouille mortelle se retrouve également dans l'affaire *Maric contre Croatie*¹⁰⁹. En l'espèce, une femme avait accouché d'un enfant mort-né. Elle et son époux refusèrent dans un premier temps de prendre le corps de l'enfant, si bien que l'hôpital dut en assumer la responsabilité. Après avoir pratiqué une autopsie, l'hôpital se débarrassa du corps, qui fût incinéré en même temps que d'autres déchets cliniques. Saisie par le père de l'enfant, la Cour considère tout d'abord que le droit au respect de la vie privée implique celui d'avoir des informations quant au lieu où son enfant mort-né a été incinéré. Il en découle l'existence d'une ingérence qui n'était pas prévue par la loi en raison des lacunes du droit croate relatif au « traitement » des enfants mort-nés¹¹⁰. La Cour conclut ainsi à la violation de l'article 8 de la Convention, témoignant ainsi de son attachement à la dignité humaine, qu'il convient d'appliquer même au cadavre d'un enfant qui n'est jamais devenu une personne juridique¹¹¹.
- 54 Enfin, dans l'affaire *Elberte contre Lettonie*¹¹², la Cour était saisie par la veuve d'un homme décédé dans un accident de voiture et dont les tissus avaient été prélevés et envoyés par le centre médico-légal en Allemagne pour être transformés par une société pharmaceutique en bioimplants sans le consentement de son épouse. Celle-ci s'était rendu compte desdits prélèvements que lorsque la police ouvrit deux ans plus tard une enquête pénale sur des prélèvements de tissus et d'organes réalisés de façon illégale en Lettonie entre 1994 et 2003. L'enquête fut classée sans suite, mais révéla que plusieurs centaines de personnes étaient concernées par ces prélèvements d'organes et qu'en contrepartie des tissus fournis à la société pharmaceutique, le centre médico-légal avait organisé l'achat d'équipements médicaux, d'instruments, de technologie et d'ordinateurs. Saisie d'une requête fondée sur les articles 8 et 3, la Cour en profita pour affirmer la nécessité de traiter la dépouille mortelle avec respect.
- 55 Sous l'angle de l'article 8, elle conclut à la violation au motif que la loi lettone n'était pas suffisamment claire s'agissant du prélèvement de tissus *post-mortem*. La Cour impose donc aux États de prévoir un cadre légal encadrant ces pratiques, ce qui n'est pas sans poser des questions au plan national alors que l'Assemblée Nationale vient de renverser le principe du consentement explicite au don d'organe pour adopter celui du consentement présumé¹¹³. Mais l'arrêt retient surtout l'attention s'agissant de l'article 3. Comme dans l'affaire *Akpınar et Altun*, la Cour conclut à la violation au motif que le

cadavre doit être traité avec respect, faute de quoi, les proches du défunt sont susceptibles d'être victimes de traitements dégradants. S'appuyant sur la Convention d'Oviedo et son protocole additionnel, la Cour affirme en particulier que : « *it has been recognised that the human body must still be treated with respect even after death. Indeed, international treaties including the Convention on Human Rights and Biomedicine and the Additional Protocol, as noted in the Explanatory Report to the latter, have been drafted to safeguard the rights of organ and tissue donors, living or deceased. The object of these treaties is to protect the dignity, identity and integrity of "everyone" who has been born, whether now living or dead* »¹¹⁴. Le respect de la dépouille mortelle, consacré à l'article 16-1-1 du Code civil est donc aussi un principe applicable dans le système de la Convention et la Cour n'hésite pas à le mobiliser à l'appui de condamnations fondées sur l'interdiction des traitements dégradants. On admettra ici sans peine que l'on est bien loin de l'homme du marché !

Conclusion

- 56 Au terme de cette étude, il apparaît que si la Cour n'est certainement pas exempte de critiques, il serait profondément injuste la faire passer pour un agent zélé du libéralisme économique et moral. On peut toujours regretter que la Cour ne s'érige pas en rempart contre certaines dérives. Mais on doit bien garder à l'esprit que celle-ci ne peut imposer ses vues aux quarante-sept États parties à la Convention dans des domaines aussi sensibles que ceux abordés dans cette contribution. Il est légitime de s'inquiéter des potentialités de certaines notions, telles que celles de bien, d'autonomie personnelle ou encore d'intérêt de l'enfant. Mais il importe aussi de veiller à ne pas faire dire à la Cour ce qu'elle n'affirme à aucun moment, ou, pour reprendre les termes de Stéphanie Hennette-Vauchez, de bien distinguer l'esprit critique de l'esprit *de* critique¹¹⁵. Un rein, un embryon ou un utérus ne sont pas des biens au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1, un enfant vivant n'est pas un objet sur lequel pourrait s'exercer les droits de parents d'intention et un enfant ou un adulte mort n'est pas un objet que l'on peut mutiler ou jeter à la poubelle comme un vulgaire déchet. Voilà ce qu'affirme la Cour, voilà pourquoi on ne peut raisonnablement pas affirmer qu'elle contribue à la réification et à la marchandisation du corps humain.

NOTES

1. Article 515-14 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 ».
2. Au sens de la définition du droit de l'Union européenne énoncée dans CJCE, 10 décembre 1968, Commission contre Italie, aff. 7/68 : « Par marchandises, il faut entendre les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales ».
3. Voir notamment CJUE, 9 décembre 2010, Humanplasma GmbH contre Republik Österreich, aff. C-421/09, Rec. p. I-12869.

4. On songe notamment à Frankenstein ou à Pinocchio. M. SHELLEY, *Frankenstein*, Flammarion, Coll. Etonnants classiques, 2012 ; C. COLLODI, *Les aventures de Pinocchio*, trad. N. CASTAGNÉ, Gallimard, 2003.
5. D. LEVY, *Love and sex with robots*, HarperCollins Publishers, 2008 ; X. LABBÉE, « Épouser une femme robot », *La Gazette du Palais*, 2014, n° 351-352, p. 5.
6. S. CANSELIER, « Les intelligences non humaines et le droit. Observations à partir de l'intelligence animale et de l'intelligence artificielle », *Archive de philosophie du droit*, 2012, n° 55, pp. 207-229.
7. Poser la question ainsi revient à assimiler le corps humain à la personne humaine. N'ayant pas la prétention de trancher le débat sur la question de savoir s'il convient de confondre, ou de distinguer, la personne humaine de son enveloppe charnelle, on considérera dans le cadre de cette étude que la sacralité accordée à la personne humaine s'étend nécessairement à son corps. Voir notamment A. GUESMI, « Volonté et réification du corps humain », in. Y. STRICKLER et F. SIIRIAINEN, *Volonté et biens. Regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 213. On s'en tiendra ainsi à la formule du Conseil d'État pour qui « le corps, c'est la personne » : Rapport public du Conseil d'État, 25 mars 1988, *Les sciences de la vie, de l'éthique au droit*.
8. G. LUKÀCS, *Histoire et conscience de classe. Essais de dialectique marxiste*, Éditions de Minuit, 1974, p. 110.
9. Voir A. SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 336.
10. Pour une analyse contemporaine de la réification dans la pensée marxiste, voir en particulier V. CHANSON, A. CUKIER et F. MONFERRAND, *La réification, Histoire et actualité d'un concept*, La Dispute, 2014.
- 11.
12. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n° 175 du 30 juillet 1994 p. 11060.
13. En témoigne notamment la multitude de travaux consacrés aux « choses hors commerce » dont le corps humain est l'archétype. Voir notamment M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1988, p. 322 ; Fr. ZENATI, « Choses hors commerce », *RTD Civ.*, 1996, p. 420 ; Gr. LOISEAU, « Typologie des choses hors commerce », *RTD Civ.*, 2000, p. 47.
14. La doctrine s'interroge ainsi depuis de nombreuses années sur le régime juridique de l'embryon et sur son éventuelle réification. Voir notamment J.-J. TAISNE, « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes », *LPA* 2002, n° 243, p. 25 ; A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *JCP G* 2004, n° 44, p. 1949 ; J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G* 2044, n° 52, p. 2360 ; A. CAYOL, « La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la réification des embryons in vitro », *LPA* 2013, n° 212, p. 4.
15. Sur la réification du cadavre, voir notamment Ph. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort : quand les juristes jouent au " cadavre exquis " ... », *Droit et société* 2005, n° 61, p. 817. Dernièrement, la question a été abordée sous l'angle des expositions muséales d'origine humaine. Voir notamment B. EDELMAN, « Entre le corps-objet profane-et le cadavre-objet sacré », *D.* 2010, p. 2754 ; J.-E. ANTZ, « Réflexion autour du statut juridique des collections muséales d'origine humaine », *Revue générale du droit médical*, 2012, n° 45, p. 7.
16. N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* 2013, n° 204, p. 7.
17. On songe par exemple au don ou à la vente d'organes ou de sang.
18. Dans le cas par exemple d'une gestation pour autrui qui impliquerait, en substance, une location d'utérus
19. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Ed. du Seuil, 1993.

20. X. DIJON, *Droit naturel, les questions du droit*, PUF, coll. Thémis, 1998, pp. 135-137. Voir également I. ARNAUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presse universitaire de Bordeaux, 2003.
21. Pour la défense d'un droit de propriété sur son propre corps dans un but de protection de celui-ci, voir en particulier.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée ; une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993. Pour une revendication véritablement caricaturale de la patrimonialisation du corps humain, plaidant pour la suppression du concept de personne, voir notamment B. LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, n° 13, 1991, pp. 111-121. Voir également sur la question 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.
22. Pour une réflexion philosophique sur la marchandisation de l'être humain, voir en particulier J.-L. SAGOT-DUVAUROUX, « La marchandise humaine », in E. LOQUIN et A. MARTIN, *Droit et marchandisation*, Litec, 2010, pp. 13-25.
23. Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* du 29 juillet 1994, p. 11024, point 18.
24. A. SUPLOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
25. M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, n° 58, p. 1.
26. B. EDELMAN, « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit », in B. EDELMAN, M.-A. HERMITTE et C. LABRUSSE-RIOU, *L'homme, la nature et le droit*, C. Bourgois éd., 1988, p. 301.
27. Voir en particulier S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *D.* 2009, p. 238.
28. Cour EDH, 26 février 2002, Fretté contre France, req. n° 36515/97 ; Cour EDH (G. C.), 22 janvier 2008, E.B. contre France, req. n° 43546/02 ; Cour EDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois contre France, req. n° 25951/07, Cour EDH (G. C.), 19 février 2013, X et autres contre Autriche, req. n° 19010/07.
29. Cour EDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique, req. n° 42758/98 et 45558/99.
30. Cour EDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, req. n° 65192/11 ; Cour EDH, 26 juin 2014, Labassée contre France, req. n° 65941/11 ; Cour EDH, 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli contre Italie, req. n° 25358/12.
31. Cour EDH, 12 juin 2014, Maric contre Croatie, req. n° 50132/12, *Dr. fam* 2014, n° 9, p. 29, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.
32. Voir notamment, sur la prostitution : Cour EDH, 11 septembre 2007, V.T. contre France, req. n° 37194/02, *RTD Civ.* 2007, p. 730, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; sur le lancer de nain : *Comm. EDH*, 16 octobre 1996, Wackenheim contre France, req. n° 29961/96 ; sur le droit d'un individu sur des embryons : Cour EDH (G. C.), 10 avril 2007, Evans contre Royaume-Uni, req. n° 6339/05.
33. J. BOUISSOU, « Les mères porteuses, un créneau indien », *Le Monde*, 4 août 2008.
34. À tel point qu'Eurostat recommande aux États membres de l'Union d'intégrer les revenus tirés de la prostitution dans le calcul du P.I.B. Voir G. DE CALIGNON, « Calcul du PIB : Bruxelles pousse à intégrer drogues et prostitution », *Les Echos*, 30 mai 2014.
35. Voir dernièrement les critiques particulièrement virulentes de F. CHÉNEDÉ s'agissant des arrêts de la Cour relatifs à la GPA : « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.* 2014, n° 31, p. 1797 ; « L'établissement des enfants nés de GPA à l'étranger. Libertés et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.* 2015, n° 20, p. 1172.
36. B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946.
37. B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.* 2011, p. 897.

38. Sur la distinction entre les conceptions objective et subjective de la dignité humaine, voir notamment X. BIOY, « La dignité : questions de principes », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Justice, éthique et dignité*, Pulim, 2006.
39. Pour une liste qui, à défaut d'être exhaustive, montre néanmoins l'ampleur de la notion de bien, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} éd., 2015, pp. 836 s.
40. Parmi de nombreux exemples plus ou moins célèbres de contrats de vente dont l'objet est une partie du corps humain, on ne résiste pas à renvoyer à Q. GIRARD, « Un Japonais asexuel fait déguster son pénis et ses testicules », *Libération*, 25 mai 2012.
41. Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, préc. ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée contre France*, préc. ; Cour EDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli contre Italie*, préc.
42. Cour EDH (G. C.), 10 avril 2007, *Evans contre Royaume-Uni*, préc.
43. Cour EDH (déc.), 28 mai 2013, *Adelina Parrillo contre Italie*, req. n° 46470/11.
44. Pour un exemple récent, s'agissant du droit à l'indemnité pour perte de capacité de travail réclamée par un policier, voir Cour EDH, 16 juin 2015, *Lebedinschi contre République de Moldova*, req. n° 41971/11.
45. Sur la notion de bien dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir notamment L. SERMET, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 11, Conseil de l'Europe, 1998.
46. Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments LTD et autres contre Irlande*, req. n° 12742/87, §51 ; Cour EDH (G. C.), 28 septembre 2014, *Kopecky contre Slovaquie*, req. n° 44912/98, §§ 45 s. Sur l'espérance légitime voir notamment J.-F. FLAUSS, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit des affaires », *RJC* 2005, n° 6, pp. 492 s. ; W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Fondation Varenne, Collection des thèses, 2011 ; C. DELMAS, *La propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire sous la direction de F. ZENATI-CASTAING, 2014, pp. 15 s.
47. Sur le confinement de la notion, voir J.-F. FLAUSS, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit des affaires », préc., p. 493.
48. Cour EDH (G. C.), 28 septembre 2014, *Kopecky contre Slovaquie*, préc., §52.
49. J.-F. LAFAIX, « L'atteinte au droit au respect des biens par un revirement de jurisprudence », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2001, p. 200, n° 11.
50. Dans l'affaire *Vo contre France*, la Cour se dit « convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention. Quant au cas d'espèce, elle considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le point de savoir si la fin brutale de la grossesse de Mme Vo entre ou non dans le champ d'application de l'article 2 ». Cour EDH (G. C.), 8 juillet 2004, *Vo contre France*, req. 53924/00, §85. Cette solution a été reprise dans l'arrêt Cour EDH (G. C.), 16 décembre 2010, *A. B. et C. contre Irlande*, req. n° 25579/05, §237, ce qui a suscité l'émoi de certains auteurs, qui ont vu dans cet un arrêt un recul pour la cause féministe. Voir en particulier D. ROMAN, « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS* 2011, p. 293.
51. Cour EDH (G. C.), 30 novembre 2004, *Öneryildiz contre Turquie*, req. n° 48939/99, §127.
52. Le commissaire du gouvernement FRYDMANN écrivait dans ses conclusions sous l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* que « le but du lancer de nains n'est évidemment pas de lancer un poids le plus loin possible, mais de lancer avec violence et sans aucun égard pour elle une personne humaine, qui se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est à dire rabaissée au rang d'objet ».
53. Le requérant invoquait notamment son droit à la liberté d'exercer un emploi choisi sur le fondement de l'article 5. Il suffira à la Commission de constater que celui-ci n'a jamais été privé

de sa liberté pour rejeter le grief. Comm. EDH, 16 octobre 1996, Wackenheim contre France, req. n° 29961/96.

54. Voir notamment J. LECAME, « Le statut juridique des personnes prostituées en France », CRDF 2011, n° 9, p. 103 ; K. E. EKMAN, *L'être et la marchandise. Prostitution, maternité de substitution et dissociation de soi*, M Editeur, 2013. Voir également la récurrence des références à la marchandisation du corps des femmes dans le cadre des débats parlementaires sur la lutte contre le système prostitutionnel. JOAN n° 74, 13 juin 2015, p. 5707.

55. Pour certains, la prostitution consentie serait d'ailleurs un leurre,

56. J. ROSSIAUD, *Amours vénales : La prostitution en Occident, XIIème - XVIème siècle*, Ed. Aubier, 2010, p. 3

57. Voir en ce sens, X. BIOY, « La dignité : questions de principes », préc., pp. 83-84.

58. Cour EDH, 11 avril 2002, Lallement contre France, req. n° 46044/99, §18.

59. Cour EDH, 29 juin 2004, Dogan et autres contre Turquie, req. n° 8803/02, §139.

60. Ibid.

61. C. DELMAS, *La propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 57.

62. CJCE, 20 novembre 2001, Aldona Malgorzata Jany et autres contre Staatssecretaris van Justitie, aff. C-268/99, Rec. p. I-08615, point 49.

63. Cour EDH, 11 septembre 2007, V.T. contre France, préc., §24.

64. B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », préc.

65. En raison du caractère absolu de la protection offerte par l'article 3 contre les traitements inhumains et dégradants, aucun droit de la Convention ne saurait être invoqué pour justifier de tels traitements.

66. CJCE, 20 novembre 2001, Aldona Malgorzata Jany et autres contre Staatssecretaris van Justitie, préc., point 60.

67. La Cour définit l'autonomie personnelle comme « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », le « droit d'opérer des choix concernant son propre corps », ce qui inclut « la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne ». Voir Cour EDH, 29 avril 2002, Pretty contre Royaume-Uni, req. n° 2346/02, §§ 62 s. Sur l'autonomie personnelle voir en particulier H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015.

68. B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », préc.

69. M. FABRE-MAGNAN, « Controverse sur l'autonomie personnelle », *Droits*, n° 48, 2009, p. 44.

70. M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

71. Voir en particulier les contributions de Diane ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508 : « A corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même, *D.* 2007, p. 1284. Voir également les travaux de Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009, n° 49, p. 19. Voir aussi, pour un enthousiasme plus mesuré : M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 3.

72. En sus de l'arrêt Pretty, on citera notamment les affaires : Cour EDH, 20 janvier 2011, Haas contre Suisse, req. n° 31322/07 ; Cour EDH, 19 juillet 2012, Koch contre Allemagne, req. n° 497/09 ; Cour EDH (G.C.), 5 juin 2015, Lambert contre France, req. n° 46043/14.

73. Dans l'arrêt Koch contre Allemagne, l'Allemagne n'est condamnée que pour avoir méconnu ses obligations procédurales, en raison du défaut d'examen au fond de la demande d'euthanasie présentée par le requérant pour le compte de son épouse.

74. Voir notamment les arrêts Cour EDH (G.C.), 11 juillet 2002, I. contre Royaume-Uni, req. n°25680/94 ; Cour EDH (G.C.), 11 juillet 2002, Christine Goodwin contre Royaume-Uni, req. n°28957/95 ; Cour EDH (G.C.), Hamalainen contre Finlande, req. n°37359/09 ; Cour EDH, 10 mars 2015, Y.Y. contre Turquie, req. n° 14793/08.
75. Cour EDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique, préc.
76. Cour EDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique, préc., §84.
77. M. FABRE-MAGNAN, « Controverse sur l'autonomie personnelle », *Droits*, n° 48, 2009, p. 44.
78. Crim., 10 janvier 2006, n° 05-80787, Dr. pénal 2006, n° 3, p. 12 obs. M. VÉRON.
79. L'hypothèse n'a rien d'absurde. D'une part, la pratique de relations sexuelles volontairement non protégées mettant en cause des personnes séropositives est plus fréquente qu'on ne pourrait le croire. Voir notamment J. DELOUPY et I. VARESCON, « Le bareback, un corps à corps énigmatique », *Psychotropes* 2007, n° 1, p. 113. D'autre part, l'hypothèse d'une condamnation d'une personne ayant transmis le VIH à une personne consentante est tout à fait plausible au regard de l'indifférence de principe du droit pénal au consentement de la victime.
80. Cour EDH, 20 janvier 2011, Haas contre Suisse, préc. §51.
81. B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », préc.
82. Ibid.
83. Voir, parmi beaucoup d'autres, N. BETTIO, « Le "Droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme ? », *RDP* 2010, n° 2, p. 473.
84. Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 10-19053, n° 09-66486 et n° 09-17130, D. 2011. p. 1995, obs. A. GOUTTENORE ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. CHÉNÉDÉ.
85. Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18315 et n° 12-30138, D. 2013, p. 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; p. 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; *AJ fam.* 2013. p. 579, obs. F. CHÉNÉDÉ.
86. Cour EDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, préc. ; Cour EDH, 26 juin 2014, Labassée contre France, préc.
87. Cour EDH, 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli contre Italie, préc.
88. Certains ont ainsi comparé la gestation pour autrui à « l'achat d'enfant ». Voir A. MIRKOVIC, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », D. 2012, p. 878. Muriel Fabre-Magnan considère pour sa part qu'en condamnant la France dans les affaires Mennesson et Labassée, la Cour européenne des droits de l'homme « nous explique aussi que l'exploitation des facultés gestatrices des femmes est un droit de l'homme et que la vente des enfants est conforme à leur intérêt ». Voir, M. FABRE-MAGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », D. 2013, p. 2384. Voir également G. PUPPINCK et C. DE BEAUSSE DE LA HOUGHE, « Paradiso et Campanelli c/Italie : la CEDH entérine une "vente d'enfant par GPA" », *RLDC* 2015, n° 126, p. 41.
89. On renverra ici mutatis mutandis à E. MILLARD, P. BRUNET, S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », D. 2013, p. 784.
90. On pense en particulier au cas du centre hospitalo-universitaire Saint-Pierre à Bruxelles, qui a mis en place une équipe pluridisciplinaire rassemblant des médecins, des conseillers sociaux, des psychologues et des juristes pour traiter les demandes de gestation pour autrui. La mère porteuse, possédant nécessairement un lien affectif avec les parents d'intention, n'est pas rémunérée. Voir sur la question C. CAUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant 2013, pp. 9-22
91. Cour EDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, préc., §62.
92. Voir notamment la critique de Nicolas HERVIEU dans « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 septembre 2014.

93. Cour EDH (déc.), 8 juillet 2014, D. et autres contre Belgique, req. 29176/13, RJPF 2014, n° 11, p. 36, obs. T. GARÉ. Dans cette affaire, un couple belge s'était rendu en Ukraine où ils avaient conclu une convention de mère porteuse. Après la naissance de l'enfant, l'ambassade de Belgique refusa néanmoins de délivrer un passeport belge à l'enfant. Le titre de séjour en Ukraine des parents d'intention ayant expiré, ils durent rentrer seuls en Belgique et laisser leur enfant à une nourrice. Après une procédure en référé suivi d'appel, le passeport fut délivré. La Cour considère donc que les requérants n'avaient plus la qualité de victime pour se plaindre du refus de passeport. Quant à la séparation de trois mois entre le couple et l'enfant, elle renvoie une fois de plus à la marge d'appréciation des États, pour considérer qu'en l'espèce, l'atteinte à la vie familiale des requérants n'était pas disproportionnée au regard de la nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui, c'est-à-dire, ceux de la mère porteuse.

94. Cour EDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, préc., §§96-97.

95. Le droit à l'identité, qui comprend le droit pour chacun de voir sa filiation établie était déjà retenu dans l'affaire Cour EDH (Plen.), 7 juillet 1989, Gaskin contre Royaume-Uni, série A n° 160, p. 16, §39. S'agissant de l'incorporation de la nationalité dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée, la Cour affirme en particulier dans l'arrêt *Genovese contre Malte* : « the denial of citizenship may raise an issue under Article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity ». Cour EDH, 11 octobre 2011, *Genovese contre Malte*, req. n° 53124/09.

96. L'article 3§1 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose en effet que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

97. Cour EDH, 27 avril 2010, Moretti et Benedetti contre Italie, n° 16318/07, §§50-52.

98. Cour EDH, 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli contre Italie, préc., §77.

99. Ibid. §80.

100. Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 10-19053 : « qu'une telle annulation [de la transcription], qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme » (nous soulignons).

101. En l'espèce, les époux avaient semble-t-il versé la somme de 49 000 euros à la mère porteuse et l'acte de naissance russe était revêtu de l'apostille.

102. L'affaire ayant été renvoyée devant la Grande chambre, on attendra avec impatience l'arrêt à venir.

103. Cour EDH, 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli contre Italie, préc., §88.

104. Cour EDH, 8 novembre 2011, V.C. contre Slovaquie, req. n°1896807. Dans cette affaire, la Cour a justement retenu que le consentement de la requérante avait été vicié et qu'il ne pouvait constituer une justification à la violation de l'article 3 de la Convention.

105. Cour EDH, 26 juillet 2005, Siliadin contre France, req. n°73316/0.

106. Cour EDH, 27 février 2007, Akpınar et Altun contre Turquie, req n° 56760/00

107. Opinion dissidente du juge FURA-SANDSTRÖM sous Cour EDH, 27 février 2007, Akpınar et Altun contre Turquie, préc. La Cour s'est quant à elle refusé à évoquer la dignité du cadavre, sans doute en raison du refus de certains de reconnaître une dignité aux personnes décédées. Pour beaucoup en effet, la dignité humaine ne saurait être reconnue qu'à la personne vivante. Voir notamment P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », D. 2010, p. 2044 ; E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730 : « on ne peut justifier la protection d'un cadavre par le nécessaire respect de la dignité humaine. Des juridictions en ont parfois eu la tentation. Mais, une fois de plus, cela revient à faire jurer les mots : le support de la vie d'une personne ne peut être assimilé à cette personne pour lui conférer une dignité qu'elle a perdue avec la mort. La

dépouille est une chose, qui mérite un statut particulier, mais qui ne saurait acquérir ce statut dans la confusion de ce qui "est" et de ce qui "a été" ».

108. En témoigne notamment le montant de la satisfaction équitable qui s'élève à 20 000 euros, soit bien plus que dans bon nombre d'affaires dans lesquelles la Cour conclut à la violation de l'article 3 dans son volet matériel.

109. Cour EDH, 12 juin 2014, *Maric contre Croatie*, préc.

110. Le droit français prévoit pour sa part, en l'absence de prise en charge de l'enfant mort-né par la famille, que le corps est « soit inhumé si l'établissement de santé, en accord avec les communes concernées, a pris des dispositions spécifiques dans ce sens ; soit incinéré dans un crématorium à la charge de l'établissement de santé ». Articles 2.2 et 2.3 de la Circulaire n°2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance.

111. Le droit français ne reconnaît pas la personnalité juridique aux enfants mort-nés, tout comme la plupart des droits nationaux européens. Pour une étude de droit comparé, voir notamment l'étude réalisée par le service juridique du Sénat, *Les enfants nés sans vie - Étude de législation comparée*, n° 184 - avril 2008.

112. Cour EDH, 13 janvier 2015, *Elberte contre Lettonie*, req. n°61243/08, RDC 2015, n° 2, p. 376, note J.-P. MARGUÉNAUD.

113. L'article 46 ter du projet de loi sur la modernisation de notre système de santé, tel qu'adopté par l'Assemblée Nationale et transmis au Sénat le 14 avril 2015 prévoit désormais que « Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment ».

114. Cour EDH, 13 janvier 2015, *Elberte contre Lettonie*, préc., §142.

115. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », préc.

RÉSUMÉS

La Cour européenne des droits de l'homme est amenée à se prononcer sur des questions éthiquement sensibles, telles que le statut des organes et produits du corps humain, la prostitution, la gestation pour autrui ou encore la liberté sexuelle. Les décisions rendues par la Cour dans ces domaines ont en commun qu'elles interrogent sur le statut du corps humain ainsi que sur les limites à apporter au droit de chacun à disposer de son corps. Alors que certains auteurs ont dénoncé la jurisprudence de la Cour au motif qu'elle procéderait à la réification et à la marchandisation du corps humain, on ne peut en réalité reprocher à la Cour d'encourager ou de favoriser de telles dérives.

The European Court of Human Rights has to examine ethically sensitive questions, as the status of organs and products of the human body, prostitution, surrogacy, or sexual freedom. All the decisions ruled by the European Court in this area have in common that they are interrogating the status of the human body, as well as the limits to the rights of anybody to dispose of its own body. While some authors denounced the Court jurisprudence as it would proceed to the reification and commercialization of the human body, the ECtHR should not be criticized for encouraging such abuses.

INDEX

Mots-clés : réification, marchandisation, corps humain, droits de l'homme, cour européenne des droits de l'homme, prostitution, gestation pour autrui, autonomie personnelle.

Keywords : reification, commercialization, human body, human rights, european court of human rights, prostitution, surrogacy, personal autonomy.

AUTEUR

LOÏC ROBERT

Loïc Robert est docteur en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon III. Il est membre du Centre d'études européennes.