

L'humain

Aborder « humain » sous l'angle du droit économique peut surprendre, tant l'on est à première vue éloigné du terrain d'étude habituel de cette discipline, la vie économique, et de sa préoccupation centrale : identifier le pouvoir économique, les modalités et les effets de son exercice. Pourtant, celle-ci ne se réduit pas à une synthèse des règles de droit régissant l'économie, mais se propose de rendre compte de façon globale d'un « objet » dans ses implications juridiques, mais aussi économiques, sociales et culturelles¹. L'humain a dès lors toute sa place comme d'autres notions transversales, l'environnement, l'aliment ou le numérique. L'interrogation se déplace alors vers la détermination de la mesure dans laquelle ce dernier entre dans le champ du droit économique.

De façon générale, si l'on tient compte de ce fait contemporain essentiel que le marché économique capitaliste (accumulation primitive du capital) - et « *l'idéologie du marché*² » -, passé d'un vieux modèle libéral (fonctionnant théoriquement selon la loi de l'offre et de la demande) à un modèle néolibéral financiarisé et mondialisé (organisation de l'économie par les puissances économiques et financières à l'échelle mondiale), est devenu un « *fait social total* », en ce qu'il « *concerne à peu de chose près tous les éléments de la société mais aussi parce qu'il se laisse envisager de différents points de vue*³ », l'analyse critique du droit économique trouve sa place dans des domaines toujours plus nombreux. De fait, l'humain est progressivement saisi par la science, la technique, la technologie et, à leur suite, les rapports marchands, témoignant une fois encore de « *l'intrusion du marché*⁴ » dans des domaines qui lui échappaient jusque-là.

Qu'entend-on par « humain » ? Ce mot, ancien et moderne au vu des enjeux dont il est porteur, est polysémique. Issu du latin *humanus*, lui-même dérivé de *homo*, l'Homme, sa première occurrence en français daterait de 1130⁵, presque au même moment que celui d'humanité (1120) et avant celui d'humaniste (1539). Il recouvre ces trois significations. Il est d'abord ce qui est « *propre à l'homme*⁶ ». Il renvoie aussi à l'espèce humaine, spécifique parmi les espèces animales, ainsi « *chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition*⁷ ». Puis, l'attention portée à la personne humaine a donné naissance à l'humanisme. Dans ce sens, « *On ne peut être juste, si on n'est humain*⁸ », renvoyant à cette particularité que s'attribue celui-ci : être doué de la pensée, mais aussi de sentiments, d'empathie envers son prochain en particulier. Sur ces fondements, se sont construits dans les sociétés occidentales depuis les Lumières une pensée et un droit postulant la centralité de l'Homme, un paradigme aujourd'hui remis en cause.

D'un côté du spectre, il s'agit de positionner l'Homme plus clairement par rapport aux autres animaux, êtres vivants doués de sensibilité. Ceci doit être mis en lien avec la problématique de sa place dans la chaîne du vivant et, par suite, de son inséparabilité d'avec celle-ci⁹, ouvrant la voie d'une « *conception de l'humain élargie*¹⁰ ». Bien que pertinente, cette interrogation ne sera pas traitée, dans la mesure où, en termes juridiques et dans un système anthropocentré, la question est plutôt celle du statut du reste du vivant par rapport à l'humain. De l'autre, la distinction entre

¹ V. G. Farjat, « *Propos critiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation* », RIDE, n°3, 2003, p. 511.

² A. Bernard, « *Le marché autorégulé, "une idée folle" ?* », D., 2009, p. 2289.

³ M. Augé, « *Us et abus de la notion de fait social total* », Rev. MAUSS, 2010, n°36, p. 87.

⁴ L. Boy, « *L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?* », *Pluralisme juridique et efficacité du droit économique*, dir. L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, éd. Larcier, p. 335.

⁵ *Dictionnaire étymologique*, Larousse.

⁶ *Dictionnaire Le Grand Robert*.

⁷ Montaigne, *Essais*, III, II.

⁸ Vauvenargues, *Réflexions et maximes*, p. 28.

⁹ P. Billet, « *L'animal, prétexte d'une analyse renouvelée des relations juridiques entre l'homme et l'environnement* », Cah. justice, 2019, p. 695 ; M.-A. Hermitte, « *La nature sujet de droit ?* », Ann. hist., sc. soc., EHESS, 2011, p. 173.

¹⁰ J.-P. Pierron, « *Qu'est-ce que les relations entre droit et environnement disent de nous ?* », Cah. Just., 2019, p. 417.

personnes physiques et personnes morales vacille, dès lors que, dans un anthropomorphisme poussé, sont reconnus des « droits de l'Homme » aux sociétés commerciales¹¹. C'est l'Homme dans sa corporéité, vu par le prisme du droit économique qui seul sera étudié.

L'apparition de l'humain à la vie juridique est le fruit de plusieurs évolutions. Des révolutions scientifiques et techniques dans la manipulation du vivant à des fins de recherche et médicales ont marqué la fin du vingtième siècle¹², donnant lieu à de multiples applications. Ceci a nourri une réflexion renouvelée sur l'humain¹³ dans son individualité comme dans son espèce, puisque modifier les gènes d'un seul peut porter atteinte à l'intégrité du patrimoine génétique de l'espèce. Un cadre juridique dans lequel celui-ci occupe la place première a conséquemment été élaboré.

Ces techniques se sont depuis démocratisées et font partie des actes médicaux courants. C'est désormais l'élargissement des usages qui peuvent en être faits qui est dans le débat. Chaque avancée suscite des espoirs qui, conjugués à d'autres facteurs, tels que le vieillissement de la population, alimentent une forte demande sociale, laquelle s'insère dans des mouvements de fond : mutation des mœurs et du rapport au corps, patient devenu acteur de sa santé¹⁴, essor des médecines prédictive, régénérative, de précision ou effacement de la distinction entre santé et bien-être.

De nouveaux défis s'annoncent avec l'émergence d'une « *bio-économie mondiale*¹⁵ », qui voit dans le corps humain, y compris mort¹⁶, « *une matière première rentable où les enjeux financiers sont énormes*¹⁷ ». Un marché dont le point de mire est, dans une logique d'innovation sans fin, la convergence des techniques¹⁸ c'est-à-dire le rapprochement des nanotechnologies, des biotechnologies, des technologies de l'information et des sciences cognitives (NBIC), où les joueurs s'appellent Apple, Google, Facebook, Amazon et Microsoft (GAFAM) et demain peut-être BATX¹⁹. Il s'agit d'identifier les manifestations de l'humain dans le droit, en général, et dans le droit économique, en particulier (I), avant d'en examiner les conséquences, lesquelles appellent une réflexion en termes de valeurs (II).

I. L'humain dans le droit économique

L'humain a fait une entrée en force dans le droit, les considérables avancées médicales ayant contribué à déplacer les enjeux de la personne abstraite vers l'Homme dans sa matérialité. À celui-ci correspondent des règles juridiques, sans que l'on puisse pour autant en déduire une catégorie pleine et entière, tout juste une catégorie en formation (A). L'humain n'est pas, non plus, une notion du droit économique. Cependant, droit de synthèse fondé sur une méthodologie propre, l'analyse substantielle, celui-ci dispose des outils pour tenter d'en donner une lecture d'ensemble (B).

A. Catégorie

L'humain pourrait n'être qu'une donnée naturelle et son corps que « *le substratum de la personne*²⁰ », sujet de droit, dont il est le modèle constitutionnel. Cependant, en quelques décennies, il est devenu l'objet de nombreux dispositifs juridiques. Le terme « humain » n'est pas employé par

¹¹ V. B. Edelman, « *La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché* », D., 2011, p. 897.

¹² Médecine génétique, assistance médicale à la procréation, greffes.

¹³ Not. bioéthique : rencontre de connaissances biologique (bios) et des valeurs humaines (ethos) et l'examen de leur interrelation afin de trancher les conflits de valeur, v. Van Ressekaer Potter, *Bioethics : bridge to the future*, 1971.

¹⁴ Ex. internet, objets connectés de santé.

¹⁵ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Rapp. Conseil d'État, 2018, p. 10.

¹⁶ Ex. prélèvements *post-mortem*, exploitation du « compost humain ».

¹⁷ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 10.

¹⁸ V. E. Perrin-Huisman, « *Humain augmenté, humain diminué ?* », Rais. prés., n°205, 2018, p. 7.

¹⁹ GAFAM chinois : Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi, v. N. Sushcheva et J. Fontanel, « *Les GAFAM* », hal-01935957, p. 14 s.

²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, 21^e éd., 2000, PUF, n°48.

les rédacteurs du code civil qui se réfèrent à la « personne », pas plus que par ceux de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dont les dispositions sont dédiées à « l'Homme ». De fait, l'appréhension juridique de l'être humain s'opère par le concept abstrait de personne.

Dans un mouvement de concrétisation, celle-ci est devenue le consommateur, le salarié, etc., c'est-à-dire une personne située, placée dans une situation déterminée pour laquelle le législateur a estimé nécessaire de prévoir un régime propre. Il n'en demeure pas moins qu'elle ne considère l'Homme que dans ses interactions sociales qui, seules, relèvent du droit. Centre d'imputation de droits et d'obligations, elle lui confère la capacité d'être acteur de la vie juridique, économique en particulier. Sa fonction, strictement utilitaire, est d'organiser les relations entre sujets de droit. Il est alors légitime de se demander si s'intéresser à l'humain a même un sens.

Les découvertes médicales ont toutefois mis l'individu, être de chair et de sang, au centre des réflexions et, face aux menaces qu'elles font peser sur lui, ont conduit à le doter d'un régime dont la finalité est spécifiquement la protection de son corps, de ses ressentis, de son intimité. En effet, l'humain saisi par le droit n'est pas isolé. Il est, au contraire, pris dans une relation sociale dont on estime qu'elle est susceptible de mettre en jeu la santé ou l'ordre publics. Il s'ensuit que ses droits doivent être affirmés et sa liberté éventuellement limitée pour le protéger, y compris de lui-même. Ainsi, dans un mouvement singulier de concrétisation, l'Homme que l'on tenait pour équivalent à la personne met à jour l'humain.

C'est d'abord, en réponse aux horreurs de la Seconde Guerre mondiale, le droit au respect de la dignité de la « *personne humaine* » qui est consacré²¹. Dans ce sillage, cette notion apparaît en droit interne, en 1946, au niveau constitutionnel²². La prise en compte de l'humain par le droit est ensuite concomitante aux progrès de la science médicale. Ainsi, le legs de sa dépouille à la science est implicitement admis en 1887²³, le prélèvement *post-mortem* des yeux, en 1949²⁴, et d'organes, en 1947²⁵. Puis, une loi de 1952 est consacrée au don de sang humain, un texte fondateur qui prévoyait la gratuité et qui a servi de modèle aux législations suivantes relatives au corps humain²⁶. « *L'être humain* » apparaît dans la loi, en 1975²⁷, le don d'organes est encadré, en 1976²⁸, et les recherches biomédicales, en 1988²⁹.

Un tournant est marqué à la fin du vingtième siècle en conséquence de percées scientifiques décisives, dues notamment au rapprochement de la biologie et de la médecine et à des innovations dans les techniques médicales³⁰. La législation existante, parcellaire et incomplète, est modernisée en 1994 par trois lois, dites « lois bioéthique »³¹. Elles énoncent des « principes directeurs » : primauté de la personne humaine, respect de l'être humain dès le commencement de la vie, inviolabilité et non-patrimonialité du corps humain, intégrité de l'espèce humaine, respect du consentement dans la mesure des deux principes précédents. La même année, la dignité humaine

²¹ Principes posés par Tribunal de Nuremberg, 19 et 20 août 1947, dit code de Nuremberg.

²² Art. 1^{er}, préamb. Const. 27 oct. 1946.

²³ L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles.

²⁴ L. n°49-890 du 7 juill. 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires.

²⁵ D. n°47-2057 du 20 oct. 1947 tendant à modifier l'article 27 du décret provisoirement applicable du 31 décembre 1941 codifiant les textes relatifs aux opérations d'inhumation, d'exhumation, d'incinération et de transport des corps.

²⁶ L. n°52-854, 21 juill. 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés.

²⁷ L. n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

²⁸ L. n°76-1181, 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes modifiant le décret de 1947.

²⁹ L. n°88-1138, 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

³⁰ V. A. Cambrosio et P. Keating, « *Qu'est-ce que la biomédecine ? Repères socio-historiques* », MedSci, 2003, p. 1280.

³¹ L. n°94-548 du 1^{er} juill. 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; L. n°94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain ; L. n°94-654 du 29 juill. 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.

est élevée au rang constitutionnel en matière de bioéthique³². Ce cadre a été mis à jour avec les progrès scientifiques, toujours dans le sens d'une extension des usages des techniques biomédicales³³ et des domaines visés³⁴, sans que les principes de 1994 ne soient remis en cause. Dans le même temps, d'autres pratiques portant atteinte à l'intégrité corporelle ont été admises pour des raisons médicales³⁵ ou d'ordre esthétique.³⁶ Aujourd'hui, le terme d'humain se rencontre, outre le code civil, dans six autres codes³⁷, ce qui est révélateur de sa juridicisation.

L'horizon continue à s'élargir au point où nous pourrions être à l'orée d'une rupture épistémologique et d'un changement radical de paradigme, du fait de la convergence des technologies, dite NBIC. Celle-ci vise la maîtrise des bits, des neurones, des atomes et des gènes, qui confère en théorie le contrôle de « *pratiquement tout parce qu'elle donne les clés de compréhension du code informationnel de la matière à tous les niveaux*³⁸ ». Cette dynamique est sous-tendue par une vision commune de l'Homme, jugé obsolète et dont les facultés biologiques, corporelles et cognitives doivent être améliorées, voire augmentées par le recours à l'anthropotechnie³⁹ que permet la NBIC. Le but n'est plus la santé et nous entrerions dans l'ère (encore utopique) de l'altération des corps hors de toute pathologie.

Cette vision est véhiculée par les courants transhumanistes et posthumanistes⁴⁰. La recherche correspondante est en fincée par les GAFAM. Le tout s'inscrit dans un univers mental alimenté par les divertissements nord-américains⁴¹ mêlant performance, individualisme et technologie, parfaitement compatible avec l'idéologie ultra-libérale⁴². Les interrogations sont innombrables, à commencer par le devenir du postulat premier de la médecine, « *primum non nocere* » ou les limites de la liberté de chacun d'intervenir sur son propre corps. Une telle perspective ne peut, à terme, que disqualifier le modèle de la perfectibilité de l'Homme par le travail sur lui-même issu des Lumières et le rationalisme cartésien, puisqu'il ne s'agit plus de dominer la nature mais d'en prendre le relais.

Finalement, quel est « l'humain » de ces textes et qu'en est-il de la personne ? L'on s'accordera avec la doctrine pour considérer que, dans son irréductibilité, celui-ci se prête mal à une définition précise, celle-ci n'étant certainement ni souhaitable⁴³, ni indispensable. En outre, ce serait une gageure, tant la détermination de son début et de sa fin reste incertaine et sujette à changements. La difficulté ne disparaît pas s'agissant des éléments et produits du corps humain qui, une fois désolidarisés de ce dernier, acquièrent la qualification de choses, mais des choses... humaines qui

³² Cons. const., déc. n°94-343/344 DC, 27 juill. 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.

³³ V. Paricard, « *La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente* », RDSS, 2009 p. 98.

³⁴ Ex. brevet (L. n°2004-800 du 6 août 2004), imagerie cérébrale (L. n°2011-814 du 7 juillet 2011), données personnelles de santé (L. n°2016-41 du 26 janv. 2016).

³⁵ Ex. opération de changement de sexe, chirurgie réparatrice.

³⁶ Ex. chirurgie esthétique, art. L. 6322-1 s., CSP, tatouage, art. L. 513-10-1 s., CSP.

³⁷ Codes de la santé publique, pénal, de la propriété intellectuelle, de procédure pénale, des douanes et du service national.

³⁸ M. Maestrutti, *Imaginaires des nanotechnologies. Mythes et fictions de l'infiniment petit*, Vuibert, Paris, 2011.

³⁹ « *Activité de transformation non-médicale de l'être humain par intervention sur son corps* », J. Geoffrette, *Naissance de l'anthropotechnie*, éd. Vrin, 2007, p. 69, J. Geoffrette, « *Humanité augmentée, anthropotechnie : enjeux majeurs et perspectives humaines* », hal-01785031.

⁴⁰ F. Damour, « *Les nanotechnologies comme technologie transhumaniste* », H. et soc., n°207, 2018, p. 137 ; J.-M. Besnier, « *De l'humanisme au posthumanisme* », Rais. prés., n°205, 2018, p. 75 ; M. Roux, « *L'humanité n'est plus ce qu'elle était* », Rais. prés., n°205, 2018, p. 37.

⁴¹ V. B. Andrieu, « *Se "transcorporer". Vers une autotransformation de l'humain ?* », Pensée de midi, n°30, 2010, p. 34.

⁴² F. Le Bot, C. Perrin, O. Dard, C. Didry, C. Dupuy, « *Prométhée déchainé ?* », H. et soc., n°207, 2018, p. 9 ; A. Kyrou, « *Les imaginaires transhumanistes de la Silicon valley* », Rais. prés., n°205, 2018, p. 49 ; N. Le Dévédec, « *Le transhumanisme, nouvel horizon biopolitique du capitalisme ?* », H. et soc., n°207, 2018, 117 ; C. Huriet, « *Le transhumanisme, une utopie "réaliste" ?* », JIBES, n°29, p. 7.

⁴³ V. C. Labrousse-Riou, « *Que peut dire le droit de l'humain ? Vieilles questions, nouveaux enjeux* », Et., 2010, p. 343 ; A. Bertrand-Mitrovic, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Pr. univ. Aix-Marseille, 2003.

« *bénéficient d'une protection juridique qui s'attache en réalité à l'humanité en general*⁴⁴ ». Il en va de même de l'embryon dont la nature juridique est indéterminée⁴⁵ ou des prothèses intégrées qui suivent le régime de la personne⁴⁶. Que dire des données personnelles de santé que l'on rattache aux droits de la personnalité ?

Cela brouille les catégories juridiques les plus classiques. Mais, ces incohérences ne sont-elles pas la condition pour « *régler clairement la réalité juridique aux multiples visages*⁴⁷ » de l'humain ? Au demeurant, le droit n'a pas vocation à rendre compte de celui-ci dans sa totalité, mais à se saisir des pratiques sociales dont on estime, à un moment donné, qu'elles doivent être soumises à la règle commune. Par ailleurs, le « *flou du droit*⁴⁸ » laisse le mystère entier, tout en ménageant une marge d'adaptation indispensable, alors que les techniques et leurs usages sont évolutifs et que les bornes de la connaissance reculant, de aspects nouveaux de l'humain se découvrent à nous. L'approche par l'humain se justifie par les limites de la technique fonctionnelle de la personne, qui ne regroupe que les règles générales à tous les sujets de droit. Elle les complète par des dispositifs dont la finalité est l'humain dans sa composante physique, dans sa nature. Leurs périmètres diffèrent et, d'un point de vue juridique - comme de bien d'autres -, l'humain déborde la personne, de l'embryon protégé par le droit sans pour autant être une personne, à la dépouille qui n'est plus une personne mais mérite le respect⁴⁹.

B. Méthode

L'humain n'est pas un concept du droit économique, dont les sujets sont, d'une part, ceux qui, derrière les catégories formelles et sous l'effet de la concentration économique, disposent du pouvoir d'organiser leur secteur d'activité et d'imposer leurs normes à leurs partenaires et clients, les « *puissances économiques privées*⁵⁰ ». D'autre part, ce sont ceux qui, en état de dépendance⁵¹, subissent une situation, dont le droit économique vise à rendre compte de façon réaliste et critique. C'est enfin l'État qui participe à l'organisation du marché, pour le fonctionnement duquel « *des conditions juridiques sont nécessaires*⁵² ». Néanmoins, l'humain, dans les points de contact qu'il entretient avec l'économie, relève sans difficulté d'une analyse substantielle, laquelle peut contribuer, en tenant compte « *des lieux réels du pouvoir social*⁵³ », à en donner une lecture transversale et à décrypter les logiques à l'œuvre. Allons « *au-devant des faits*⁵⁴ ».

L'évocation de puissances économiques privées présuppose l'existence d'un marché et de biens. S'agissant de définir le(s) marché(s), vus sous l'angle de la possibilité de traduire une « chose » en termes monétaires et celui de sa circulation sur un marché, plusieurs espaces peuvent être distingués. Le premier est constitué de tout ce dont la circulation présente un intérêt d'ordre économique. Le droit rejette hors de ses limites les pratiques illicites. Le deuxième, licite mais situé hors du commerce juridique, contient ce qui ne peut pas être évalué monétairement et ne peut pas circuler : le corps humain vivant considéré dans son entièreté. Au sein du commerce juridique,

⁴⁴ F. Dekeuwer-Defosse, « *Personnes - Rapport de synthèse : existe-t-il une définition unique et transversale de la notion de personne ?* », Dr. fam. n°9, 2012, doss. 11.

⁴⁵ V. C. Neirinck, « *L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable* », D., 2003, p. 841.

⁴⁶ V. X. Labbé, « *L'homme robotisé* », *L'humain et ses prothèses. Savoirs et pratiques du corps transformé*, dir. C. Lindenmeyer, éd. CNRS, 2017, p. 137.

⁴⁷ « *Corps humain* », Dict. cult. Jur., dir. D. Alland et S. Rials, PUF, p. 290.

⁴⁸ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Quadriga, 2004.

⁴⁹ Art. 16-1-1, c. civ.

⁵⁰ Sur les termes « *puissance* » et « *pouvoir* », v. R. Martin, « *Le droit en branches* », D., 2002, p. 1703.

⁵¹ Ex. distributeur, agriculteur, sous-traitant, etc.

⁵² A. Bernard, « *Le marché autorégulé, "une idée folle" ?* », *op. cit.*, p. 2289.

⁵³ A. Pirovano, « *Gérard FARJAT, Pour un droit économique*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 2004. *Compte-rendu de lecture* », RTD Civ. 2005 p. 671.

⁵⁴ G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 40.

entendu comme « *l'ensemble des actes juridiques dont une chose peut être l'objet*⁵⁵ », on trouve les produits et éléments du corps humain⁵⁶, qui ne peuvent pas être valorisés, mais peuvent circuler.

Ils circulent dans plusieurs sous-espaces différenciés. La circulation se fait d'abord à titre exclusivement gratuit. Les éléments et produits du corps humain et leurs dérivés peuvent ensuite entrer dans d'autres sous-espaces. Dans certains, le prix⁵⁷ ou l'importation/exportation sont réglementés⁵⁸. Parfois, la cession n'est possible qu'avec des organismes agréés, y compris commerciaux⁵⁹. Cependant, si la première cession est encadrée⁶⁰, les échanges suivants relèveront, sauf exception, de la seule négociation contractuelle⁶¹. Dans d'autres, l'État contrôle la circulation, ce qui est le cas des médicaments et des dispositifs médicaux, qui peuvent être constitués de produits ou d'éléments du corps humain⁶² ou des données de santé relevant du code de la santé publique. Enfin, dans un dernier sous-espace, la circulation n'est que marginalement réglementée, ce qui est le cas de nombreux biens en lien intime avec le corps humain⁶³ et des données de santé qu'ils génèrent lesquelles, à l'heure du *Big data*, sont une véritable mine d'or⁶⁴.

Il convient ensuite de déterminer ce qui peut circuler, sachant qu'aucune valeur patrimoniale ne peut être donnée au corps humain, à ses éléments et à ses produits⁶⁵. Néanmoins, ses éléments et produits suivent un mouvement de réification qui permet substantiellement leur circulation sur des marchés économiques, que seul l'ordre public restreint. La sémantique témoigne de cette « *vision économique et concurrentielle du corps* ⁶⁶ » : ressource humaine, capital biologique, importation/exportation, insuffisance de l'offre, explosion de la demande, calcul coût/bénéfice, etc. La possibilité et l'intérêt d'une mise sur le marché conditionnent la marchandisation elle-même. En l'occurrence, elle consiste d'abord dans la mise à distance des produits et éléments, désolidarisés du corps, sa « *parcellisation technoscientifique* ⁶⁷ ». L'opération doit ensuite présenter des « utilités » (intérêt médical et intérêt économique) et être duplicable de façon standardisée, à grande échelle, achevant ainsi la « *ressourcification*⁶⁸ » du corps.

Leur qualification de choses en fait potentiellement des biens évaluable et aptes à circuler. Or, les frontières entre catégories⁶⁹ sont poreuses. Un simple glissement, spécialement de celle de produits et éléments du corps humain à celle de médicament, et le régime de valorisation et de circulation est tout autre. Tel a été le cas des produits sanguins, dont certains ont acquis la qualification de

⁵⁵ G. Loiseau, « *Typologie des choses hors du commerce* », RTD Civ. 2000 p. 47 ; J.-C. Galloux, « *Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français* », Cah. dr., n°4, 1989, p. 1011.

⁵⁶ Organes, tissus, gamètes, cellules, sang. La dépouille, en tant que telle, peut circuler, mais ne peut pas être valorisée.

⁵⁷ Ex. produits sanguins, art. L. 1221-9, CSP.

⁵⁸ Ex. importation de cellules souches embryonnaires, art. L. 2151-6, CSP ou de sang, art. 1221-12, CSP.

⁵⁹ Ex. échantillons biologiques, art. L. 1243-2, CSP ; v. O. Fiant, « *Biobanques médicales et génomique fonctionnelle en France. Un défi pour l'intérêt général* », Rev. terminal, n°124, 2019 ; F. Collomb, « *La marchandisation des corps à l'épreuve des biobanques* », Nouv. Rev. trav., n°14, 2019.

⁶⁰ Le prix (tarif de cession) ne couvre que les frais correspondant à la valeur ajoutée aux échantillons, v. art. R. 1243-1, CSP.

⁶¹ V. Recueillir, conserver et utiliser les échantillons biologiques humains à l'hôpital, APHP-éd. Lamare, 2008, p. 80.

⁶² Ex. médicaments dérivés du sang, v. art. L. 1221-8, CSP ; thérapies génique et tissulaire, v. art. 1243-1, CSP ; V. X. Catto, « *Des éléments du corps humain disponibles pour l'industrie pharmaceutique ?* », Cah. rech. dr. fond., n°15, 2017, p. 55 ; A. Mahalatchimy et E. Rial-Sebbag, « *L'humain médicament* », Quaderni, n°81, 2013, p. 5 ; J. Peigné, « *Le droit des biothérapies : entre subsidiarité éthique et harmonisation technique* », RDSS, 2008, p. 292.

⁶³ Ex. objets connectés de santé et de « bien-être », tests génétiques vendus en ligne.

⁶⁴ V. M-A Hermitte, « *Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de l'affaire de la main volée de J-P Baud* », Rev. nat., sc., soc., 1995, n°3, p. 48.

⁶⁵ Art. 16-4, c. civ.

⁶⁶ Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, op. cit., p. 192.

⁶⁷ Y.-C. Zarka, « *La marchandisation du corps humain : réalité du corps fétichisé* », op. cit. et loc. cit.

⁶⁸ Y.-C. Zarka, op. cit. et loc. cit.

⁶⁹ Produit ou élément du corps humain / médicament / dispositif médical / objet de bien-être / alimentation.

« médicament dérivé du sang », et circulent comme tels⁷⁰. Ainsi, plus on s'éloigne de l'opération initiale de recueil de l'élément ou du produit humain, plus le statut de départ s'estompe.

S'agissant des acteurs, comme souvent en droit économique, le marché de la santé n'est pas exclusivement aux mains des sociétés privées. L'État, outre l'organisation du service public et de la solidarité nationale en matière de santé et au-delà de la définition de limites d'ordre public dont on peut d'ailleurs donner une lecture économique, intervient en usant de ses pouvoirs de police et en déployant des politiques publiques. Il joue un rôle déterminant, souvent sous l'impulsion de l'Union européenne, dans la structuration de ce marché. La palette de ses actions est large.

Par exemple, la commercialisation des médicaments est soumise à la délivrance d'une autorisation de mise sur le marché⁷¹. Cet acte, situé à l'interface de l'État et du marché dont il dessine de la sorte les contours, articule logiques publique et économique⁷². L'État apporte aussi son soutien financier au secteur des biotechnologies⁷³. Enfin, la recherche publique est mise à contribution, dans un domaine où elle joue un rôle décisif⁷⁴. Ce « pilotage de la recherche⁷⁵ » favorise l'effacement de la distinction entre recherche fondamentale et appliquée et, de plus en plus, publique et privée, soulevant de délicates questions, telles que son indépendance⁷⁶ et sa « *soumission toujours plus grande aux intérêts économiques*⁷⁷ ».

Quant aux acteurs privés, beaucoup peuvent prétendre à la qualification de puissance économique privée et, ce, à un double titre. Si l'on s'en tient aux acteurs majeurs, l'industrie pharmaceutique et les GAFAM, qui sont à n'en pas douter des « *pouvoirs privés concentrés*⁷⁸ », le critère économique est déterminant⁷⁹. Cependant, celui de la détention de compétences techniques et de plus en plus technologiques semble au moins aussi important, alors que le pouvoir de marché se réalise toujours plus par des alliances particulières entre ces deux composantes. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé en érigeant des barrières économiques⁸⁰ et techniques⁸¹ à l'industrie pharmaceutique.

De façon générale les entreprises impliquées dans « l'humain » sont de grande taille et détiennent des compétences technoscientifiques avancées. Dans le secteur pharmaceutique, bien que « *peu concentré et très concurrentiel*⁸² », elles ont fréquemment une taille mondiale. Une recomposition de grande ampleur est en cours du fait de l'arrivée de nouveaux entrants d'un type inconnu, les GAFAM

⁷⁰ Les produits sanguins soumis à une transformation pour les stabiliser sont des médicaments, régis par la liberté de circulation, CJUE, n°C512/12, 13 mars 2014 et v. CE, n°349717, 23 juill. 2014, *Sté Octopharma*.

⁷¹ Délivrée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, art. L. 5311-1, CSP ; une certification préalable est nécessaire pour les dispositifs médicaux, art. L. 5211-3, CSP.

⁷² V. P. Urfalino, « *L'autorisation de mise sur le marché du médicament : une décision administrative à la fois sanitaire et économique* », RFAS, n°4, 2001, p. 85. On note aussi que l'entreprise de haute technologie qu'est le Laboratoire français du sang est en cours de privatisation, v. *La filière du sang en France : un modèle économique fragilisé, une exigence de transformation*, Rapp. Cour des comptes, 2019.

⁷³ V. *L'évaluation de la stratégie nationale de recherche « France Europe 2020 »*, Rapp. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST), AN, n°4574, 2017, p. 20 ; J.-L. Beffa, « *Recherche publique, recherche privée* », RFAP, n°112, 2004, p. 697.

⁷⁴ V. *Rapport sur la place des biotechnologies en France et en Europe*, Rapp. OPECST, n°2046, 2005, p. 205.

⁷⁵ Not. recherche « finalisée », alliances avec la recherche privée, transfert de connaissances vers le privé et valorisation des résultats, v. *Rapport sur la place des biotechnologies en France et en Europe*, op. cit. p. 205.

⁷⁶ J. Chevallier, « *L'indépendance de la recherche* », *Indépendance(s)*, Mél. J.-L. Autin, Pr. univ. Montpellier, 2011, p. 197.

⁷⁷ P. Bourdieu, *Contre-feux*, Raisons d'agir, 2001,

⁷⁸ G. J. Martin, *Cours de droit économique*, 2006/2007.

⁷⁹ V. A. Sakho, « *Analyse substantielle et relation de pouvoir* », RIDE, n°4, 2013, p. 545.

⁸⁰ Contrôle des prix, prise en charge par la solidarité nationale.

⁸¹ Ex. évaluation externe des médicaments, réglementation des relations médecins/industrie pharmaceutique, v. H. Bonnemain et B. Bonnemain, « *Les relations entre l'industrie pharmaceutique et les pouvoirs publics en France au cours des deux derniers siècles : de la liberté à la liberté surveillée* », Rev. hist. pharm., n°334, 2002, p. 239.

⁸² J. Vanni, *Stratégie des laboratoires pharmaceutiques face aux GAFAM*, th. sc. pharm., Bordeaux, 2018, p. 35 et v. N. Sushcheva et J. Fontanel, « *Les GAFAM* », op. cit., p.6.

et, peut-être demain, les BAXT, lesquels sont en quête de la traduction en termes de stratégie industrielle de la convergence NBIC. Arrivés, « *non plus par la molécule, mais par la technologie*⁸³ », ils menacent, grâce à des « *innovations disruptives*⁸⁴ », la position hégémonique des acteurs historiques. Ces entreprises d'une puissance considérable occupent des positions oligopolistiques⁸⁵ ou quasi-monopolistiques⁸⁶ et, dans un processus de concentration continue, réactives et agiles⁸⁷, elles achètent des *start-up*⁸⁸, scellent des alliances⁸⁹ avec les « *Big pharma* » et cumulent expertise technologique et commerciale, marques, brevets, réseaux, données⁹⁰. Indiscutablement, le « *corps-marché*⁹¹ » est l'un des lieux où s'exerce la concurrence à l'échelle mondiale⁹².

II. L'humain et le droit économique

Si l'humain n'est pas une catégorie du droit économique, il n'en est pas pour autant absent. Dès lors, il ne saurait s'abstraire des effets de la puissance économique et technique qui, en fin de compte, sont invariables, qu'il s'agisse de la domination du plus faible par le plus fort ou de l'exploitation de sa position de faiblesse, bref, du recul de l'autonomie au profit de la dépendance. Un régime protecteur forme un rempart autour du consentement à l'atteinte au corps, sachant cependant que plusieurs facteurs tendent à en relativiser la portée (A). La prédominance toujours plus affirmée de la rationalité économique appelle une réflexion en termes de valeurs (B).

A. Effets

L'insertion de l'humain dans le champ du droit économique peut être vue par ses effets. De nombreux angles mériteraient d'être explorés. Un est cependant central : le consentement à l'atteinte au corps. En contrepoint d'une évolution générale qui a refoulé la volonté pour un consentement minimaliste lequel, allégé des lourdeurs de la volonté, conditionne la circulation des richesses⁹³, celui-ci trouve ici toute son expression. Il est le pivot des dispositifs encadrant les manipulations biotechnologiques du vivant humain. Il joue aussi le rôle d'un curseur délimitant la sphère des libertés individuelles, de la subjectivité, de l'échange marchand, de celle de l'ordre public, des intérêts collectifs et de la non-patrimonialité.

Les atteintes à l'intégrité du corps humain sont pénalement réprimées⁹⁴. Des exceptions ont toujours été admises, l'acte médical en étant l'illustration, sous réserve du consentement du patient⁹⁵. Celui-ci est devenu indissociable du principe de dignité, lorsque le caractère intolérable des atteintes

⁸³ J. Vanni, *Stratégie des laboratoires pharmaceutiques face aux GAFAM*, op. cit., p. 13.

⁸⁴ J. Vanni, op. cit., p. 57.

⁸⁵ V. N. Smyrniaios, « *L'effet GAFAM : stratégies et logiques de l'oligopole de l'internet* », Rev. com. et lang., 2016, n°2, p. 74.

⁸⁶ V. J. Fontanel, N. Sushcheva, « *La puissance des GAFAM : réalités, apports et dangers* », Ann. fr. rel. internat., 2019, p. 6 et p. 18 s. et v. N. Smyrniaios, « *L'effet GAFAM : stratégies et logiques de l'oligopole de l'internet* », op. cit., p. 61.

⁸⁷ Sur « *l'agilité commerciale digitale* » (*digital business agility*), v. J. Vanni, id., p. 80.

⁸⁸ V. N. Sushcheva et J. Fontanel, « *Les GAFAM* », id., p. 14.

⁸⁹ Entre 2014 et 2016, plus des deux tiers des laboratoires pharmaceutiques du monde se sont associés avec la société Alphabet (Google), J. Vanni, id., p. 62.

⁹⁰ V. N. Sushcheva et J. Fontanel, « *Les GAFAM* », id., p. 14 s. ; J. Fontanel, N. Sushcheva, « *La puissance des GAFAM : réalités, apports et dangers* », op. cit., p. 15 s.

⁹¹ C. Lafontaine, *Le corps-marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Seuil, 2014.

⁹² V. déjà B. Edelman, « *La recherche biomédicale dans l'économie de marché* », D., 1991, p. 203.

⁹³ M.-A. Frison-Roche, « *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats* », RTD Civ., 1995, p. 573.

⁹⁴ Le consentement de celui qui subit l'atteinte corporelle n'atténue pas la responsabilité pénale de son auteur, Cass. crim., 1^{er} juill. 1937, S., 1938, 1, p. 193.

⁹⁵ Req., 8 janv. 1942, *Teyssier*, GP, 1942, 1, p. 177.

autoritaires aux corps a été juridiquement sanctionné, en 1947⁹⁶. Ainsi, la dignité réside dans le consentement, sauf lorsqu'elle commande, à l'inverse, de le prohiber⁹⁷. Élève à ce niveau, il n'est pas surprenant qu'il obéisse à un régime propre, dont le particularisme est accentué s'agissant des manipulations du vivant humain. Cependant, des pratiques marchandes se développent qui, alors même qu'elles mettent le corps humain en jeu, ne relèvent pas de ce régime protecteur.

Le code civil pose un principe clair : seuls une finalité légitime⁹⁸ et l'accord de la personne concernée rendent licite l'atteinte à l'intégrité corporelle⁹⁹. Toutefois, déclinées dans les régimes spéciaux, les règles applicables au consentement apparaissent éclatées et contrastées. Quelques traits communs peuvent néanmoins en être dégagés. Ainsi, celui-ci est invariablement révocable jusqu'au dernier moment sans forme. Il doit généralement être préalable à l'acte. Il est donné dans une finalité connue et strictement définie et s'accompagne d'une information plus ou moins étendue. Dans l'ensemble, son expression est entourée d'un important formalisme. Les pouvoirs publics peuvent user de leurs pouvoirs de police pour interférer dans l'acte objet du consentement et il peut, dans certains cas, être passé outre l'absence de consentement¹⁰⁰. Enfin, la temporalité est un élément déterminant.

Au-delà, les dispositions spéciales sont d'une diversité déroutante et, selon le but poursuivi par le législateur et selon les enjeux, toutes les figures du consentement sont convoquées. On en veut pour illustration le don d'organe du donneur vivant, qui est soumis à un formalisme renforcé dans lequel les vices du consentement font l'objet d'un contrôle *a priori*¹⁰¹, le risque de trafic d'organes n'étant pas loin¹⁰². D'un autre ordre, s'agissant de la recherche utilisant des données génétiques humaines, il peut s'avérer nécessaire, en cours de recherche, d'utiliser les échantillons à d'autres fins que celles initialement prévues, sachant qu'il est impossible d'anonymiser ces données et que le génome d'une personne informe sur sa lignée familiale. L'accord initial doit-il être réitéré ? Dans le silence des textes, le Conseil d'État propose un « *consentement en continu*¹⁰³ », confirmé autant que de besoin.

Profondément original, le consentement est ici un concept général, transversal et fonctionnel. Il dépasse les distinctions classiques et jouit d'une autonomie par rapport au droit des contrats. Si, dans certaines hypothèses, la situation est contractuelle, tel n'est pas le cas lorsque l'acte est effectué dans un établissement public de santé au sein duquel le patient, usager du service public, est placé dans une position légale et réglementaire. La défaillance de l'établissement à l'informer et à recueillir son consentement est alors une faute de service¹⁰⁴. Cette spécificité s'explique sans difficulté par l'objet particulier du consentement, lequel exige que son auteur puisse exprimer sa volonté, étant donné qu'il en subira seul, dans son intimité, les conséquences. Celui-ci est par définition une pâle schématisation de la volonté. Toutefois leur rapport est spécialement ambivalent dans cette matière. Pour ne prendre qu'un exemple, paradoxalement, l'expression de la volonté peut passer par le refus de consentir ou par le consentement à être tenu dans l'ignorance d'un résultat clinique¹⁰⁵.

⁹⁶ Tribunal de Nuremberg, 19 et 20 août 1947 et v. art. 5 à 9, convention d'Oviedo, *op. cit.* ; sur l'émergence du consentement à l'atteinte au corps en droit français, v. L. Carayon, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, th., Paris 1, 2016, n°639 s.

⁹⁷ Ex. gestation pour autrui, exposition artistique de cadavres, v. aff. *Our body*, Cass. civ., 29 oct. 2014, D., 2015, p. 242, note A.-S. Epstein.

⁹⁸ Cette finalité peut être médicale, thérapeutique, judiciaire, d'ordre esthétique.

⁹⁹ Art. 16-4, c. civ.

¹⁰⁰ Urgence, impossibilité de recueillir le consentement, mesures judiciaires.

¹⁰¹ Don dans l'intérêt thérapeutique d'un tiers, consentement devant un magistrat, art. L. 1231-1, CSP.

¹⁰² V. M.-F. Mamzer-Bruneel, C. Hervé, « *Trafic d'organes* », *Cités*, n°65, 2016, p. 41.

¹⁰³ Ceci, avec les nouvelles technologies, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *id.*, p. 157.

¹⁰⁴ Ex. CE, n°336223, 24 sept. 2012.

¹⁰⁵ Ex. en cas de découverte d'une anomalie génétique grave, art. L. 1131-1-1, CSP.

En tout état de cause, l'expression d'une volonté pleine et entière doit, comme dans d'autres domaines, être relativisée du fait de la fragilité même du consentement, laquelle résulte notamment du contexte dans lequel il est donné. Par exemple, le patient confronté à un diagnostic grave est-il en mesure de refuser un traitement innovant mais expérimental ? Selon un praticien, dans ce cas, son consentement libre et éclairé « *est un leurre*¹⁰⁶ ». De même, comment traiter l'afflux d'informations parfois d'un niveau de technicité élevé dont il peut être destinataire ? Ainsi, s'agissant des tests génétiques, le professionnel est tenu de le protéger « *d'informations inutiles, angoissantes*¹⁰⁷ », que l'examen aurait révélées mais qui n'étaient pas recherchées.

Le consentement à l'atteinte corporelle et la finalité légitime de l'acte tracent un espace d'autodétermination de l'individu sur son corps. Le champ conceptuel ainsi ouvert n'a cessé de s'étendre¹⁰⁸. Il entre en résonance avec une société dans laquelle on souhaite volontiers voir « *ses désirs devenir des droits*¹⁰⁹ ». Il répond aussi à l'autonomisation des individus dans le rapport à leur corps¹¹⁰ et au recul proportionnel de l'ordre public. Ce corps ou ses produits et éléments pourraient être envisagés comme des biens dont, étant propriétaire, chacun pourrait disposer à sa guise¹¹¹. Tel n'est pas le cas, mais la digue se fissure. Par exemple, si les éléments et produits du corps humain font l'objet d'un acte gratuit, plus on s'éloigne de l'opération de départ, plus on entre dans le régime des biens. Le cas du sang est topique à cet égard, l'acte initial n'ayant plus rien de commun avec les opérations économiques dont les contrats subséquents sont le support.

Par ailleurs, si les règles qui régissent le consentement forment une barrière, solide en apparence, contre les atteintes corporelles excessives et non justifiées, celles-ci n'ont plus lieu de s'appliquer lorsque l'on sort de ce cadre pour se situer dans le commerce juridique de droit commun, dans lequel circulent toutes sortes d'objets connectés, parfois placés dans le corps¹¹², collectant des données personnelles de santé. Ceci sans évoquer les contournements de la règle, tels que la vente en ligne de tests génétiques à des fins généalogiques. On a pu parler de « *prolifération des données de santé*¹¹³ » qui, lorsqu'elles sont collectées en dehors de toute relation médicale, viennent abonder le *Big data* et font l'objet de transactions commerciales.

Dans ce type d'hypothèse, la question du consentement se pose dans des termes connus et celui-ci doit notamment s'analyser au regard du rapport de force dans lequel il s'inscrit. Il est ainsi acquis que le déséquilibre structurel en faveur de l'offreur¹¹⁴, généralement doublé d'une asymétrie d'information, aboutit à « *mettre les faibles à la disposition des forts*¹¹⁵ ». Livré au marché, le consentement n'est pas l'expression d'une quelconque volonté, mais un acte de consommation d'une liberté toute relative¹¹⁶. Le libre-arbitre de l'individu s'efface alors par ignorance ou par faiblesse et se réduit une obligation sociale, voire à un automatisme, un « consentement-clic », lorsqu'il suffit de cliquer sur un écran pour consentir. À ceci s'ajoute la capacité jamais démentie du

¹⁰⁶ V. Fournier, *Le bazar bioéthique*, éd. Robert Laffont, 2010, p. 28.

¹⁰⁷ A. 27 mai 2013 définissant les règles de bonnes pratiques applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales.

¹⁰⁸ V. X. Bioy, « *Les interventions non thérapeutiques sur le corps humain. Essai de synthèse* », Dr. fam. n°6, 2018, p. 20 ; G. Loiseau, « *Le corps, objet de création* », Juris art etc., 2015, n°22, p. 30.

¹⁰⁹ M. Josselin-Gall, « *Bioéthique* », Rep. dr. int., Dalloz, n°5.

¹¹⁰ V. G. Hottois, « *L'anthropologie philosophique technicienne du transhumanisme* », JIBES, n°29, 2018, p. 135.

¹¹¹ V. P. Larrieu, « *La neuro-amélioration des sujets "sains" : enjeux anthropologiques, sociologiques et juridiques* », JIBES, n°3, 2018, p. 81 ; S.-M. Férié, « *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps* », RDLF, 2016, chr. n°10.

¹¹² Ex. implants sous-cutanés, v. C. Girault, « *La protection de la personne en son corps en droit pénal* », Dr. fam. n°6, 2018, p. 13. V. aussi, I. Parachkévova-Racine, J.-B. Racine et T. Marteu (dir.), *Droit et objets connectés*, à paraître Larcier, 2020.

¹¹³ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, id., p. 194.

¹¹⁴ V. G. Farjat, *Droit économique*, PUF, 1971, p. 115.

¹¹⁵ B. Edelman, « *La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché* », op. cit. et loc. cit.

¹¹⁶ V. C. Labrusse-Riou, « *Que peut dire le droit de l'humain ?* », op. cit., p. 349.

marché à créer sans cesse de nouveaux besoins¹¹⁷. Or, en dehors du champ du code de la santé publique, le consentement relève d'un cadre juridique moins protecteur¹¹⁸.

B. Valeurs

S'interroger sur l'humain, spécialement dans une optique de droit économique, mène inévitablement à l'examen des valeurs en jeu et de leur hiérarchisation. L'ordre public interne encadrant les atteintes corporelles liées à la manipulation du vivant humain apparaît d'emblée comme assez composite et soumis à des exigences contradictoires entre lesquelles il a trouvé un point d'équilibre. Mais, plusieurs phénomènes rendent ce compromis plus précaire : la lame de fond de la subjectivisation des rapports sociaux, au détriment peut-être du principe de solidarité nationale, l'apparition d'un ordre public économique à la suite de l'attraction de l'humain vers la sphère marchande ou la dimension mondiale des enjeux et des flux de circulation. L'ordre public a aussi ici des dimensions temporelle et spatiale spécifiques, en ce qu'il pose la question d'une « *solidarité d'espèce*¹¹⁹ », dès lors que les modifications du génome sont transmissibles à la descendance, et celle, sous-jacente, de la préservation d'un « *héritage génétique non-modifié*¹²⁰ », qu'un seul État mettrait en péril s'il autorisait la modification du génome humain.

Son socle réside dans les principes de 1994, lesquels placent l'humain sous l'abri d'un ordre public garant de sa dignité, « *concept matriciel*¹²¹ » et qui reflètent un consensus social sur des valeurs d'ordre moral. Au-delà, l'ordre public, précis, détaillé et technique, n'est pas uniforme et agrège une « *pluralité d'objectifs*¹²² » et de logiques, révélant les tensions qui le traversent. Les avancées biomédicales génèrent, d'abord, une demande sociale et une pression sur la « *ressources* », aujourd'hui contenue par les principes de gratuité et d'anonymat du don¹²³. Ensuite, les différentes instances de recherche, stimulées par une compétition internationale intense¹²⁴ et la volonté de « *rendre la recherche française visible et attractive*¹²⁵ », incitent le législateur à toujours plus d'ouverture et de souplesse, afin de valider et/ou de permettre telle recherche qui, le cas échéant, est autorisée ailleurs, créant une surenchère.

Il en résulte un ordre public largement subordonné à la science. Ce constat n'est pas dépourvu de conséquences. Le droit correspondant est d'une hyper-technicité et d'une hyper-précision, ce qui a pour effet de créer des vides juridiques¹²⁶. Cela place aussi le juge dans la position délicate de devoir interpréter des notions médicales, biologiques ou techniques. La même raison a conduit à la création d'instances de réflexion idoines¹²⁷. Cependant, même lorsque le choix du législateur est ainsi éclairé, la matière scientifique s'avère souvent rebelle à la loi.

¹¹⁷ V. le mécanisme de la « filière inversée », J. K. Galbraith, *L'ère de l'opulence*, Calmann Lévy, 1961.

¹¹⁸ V. D. Bourcier, P de Filippi, « *Vers un droit collectif sur les données de santé* », RDSS, n°3, p. 444 ; E. Debiès, « *Big data de santé et autodétermination informationnelle : quelle articulation possible pour une innovation protectrice des données personnelles* », RFAP, n°167, 2018, p. 565.

¹¹⁹ C. Perret, « *The new flesh et autres fables : à quoi rêvent les post-humains ?* », Cités, n°55, 2013, p. 43.

¹²⁰ J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral*, Gallimard, 2002.

¹²¹ D. Viriot-Barrial, « *Dignité de la personne humaine* », Rép. dr. pén. et procéd. pén., Dalloz, n°2.

¹²² L. Boy, « *L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?* » *op. cit.*, p. 335.

¹²³ Ex. une réponse a été trouvée dans l'élargissement du cercle des donneurs vivants d'organes, v. art. L. 1231-1 s., CSP.

¹²⁴ V. *Rapport sur la place des biotechnologies en France et en Europe*, *id.*, p. 54.

¹²⁵ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *id.*, p. 183 : à propos du passage d'une interdiction à une autorisation encadrée de la recherche sur les embryons et les cellules souches embryonnaires ; v. C. Degiovanni, « *Recherche sur l'embryon : fin de l'interdit* », Laennec, n°4, 2013, p. 4 ; X. Bioy, « *L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ?* », AJDA, 2013, p. 2204.

¹²⁶ Ex. la création d'embryons chimériques est interdite, mais la greffe d'organes humains sur des animaux aux fins de xénogreffe, elle, ne l'est pas clairement ; C. Giquel, « *La création d'animaux chimères porteurs d'organes humains* », Méd. & droit, 2016, p. 37 ; C. Joye-Bruno, « *L'humain est-il une chimère ?* », Psych., n°9, 2007, p. 25.

¹²⁷ Not. Comité consultatif national de bioéthique.

D'une part, le cadre juridique demande à être mis à jour au fil des avancées biomédicales, lesquelles se succèdent à une vitesse sans précédent, ce qui revient à légiférer « *en temps réel*¹²⁸ ». L'évolutivité et la complexité des textes ne permettent pas toujours le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme, posant des problèmes classiques de sécurité juridique. Il en résulte des difficultés d'application de la loi dans le temps, voire des incohérences dans les textes¹²⁹. D'autre part, le rythme auquel se font découvertes et applications est peu compatible avec le temps du droit, lequel commande d'attendre qu'une question soit « *législativement mûre*¹³⁰ ». Ceci est d'autant plus important, si l'on tient compte de deux caractéristiques essentielles de la matière : l'incertitude qui accompagne chaque nouvelle technique et l'éventuelle irréversibilité liée à sa mise en œuvre, en sachant que le principe de précaution ne trouve pas à s'appliquer ici¹³¹.

Il existe par ailleurs une réelle difficulté à imposer un ordre public porteur de valeurs communes à l'heure de l'aspiration à l'autonomie et à la performance individuelle et dans un contexte d'extension de la concurrence à toutes les sphères de la société¹³². Dans ces conditions, le progrès n'est plus pensé en termes collectifs et ce sont les notions d'autodétermination, de propriété de soi et de contrat qui prennent le pas, dans un « *processus d'ultra-subjectivisation néo-libéral*¹³³ ». Cette approche s'incarne dans une conception subjective de la dignité, vue du côté des volontés individuelles, qui résiderait dans la liberté de disposer de son corps¹³⁴. Elle concurrence l'approche classique, objective de la dignité, vue du côté de la société, qui se comprend comme un principe transcendant l'individu, sur lequel la volonté n'a pas de prise, c'est-à-dire une composante de l'ordre public¹³⁵.

Ce débat est lié au renouvellement de catégories sociales que l'on croyait immuables, telles que santé / maladie, état pathologique / non-pathologique¹³⁶ et à la mutation de la relation de soin, dans laquelle le patient, aidé d'internet et des objets connectés de santé, devient acteur et le médecin, se reposant sur l'intelligence artificielle, se voit dépossédé d'une partie de son savoir, excluant « *encore davantage l'humain de l'acte médical*¹³⁷ ». Dans ce cadre, le consentement à l'atteinte corporelle a souvent pour but de satisfaire un désir, un glissement en phase avec un marché en expansion, à la frontière de la santé et du bien-être. En effet, une tension, due à la marchandisation croissante du corps, traverse l'ordre public, puisque le « *développement scientifico-technique débridé*¹³⁸ » dans le domaine biomédical est indissociable des marchés qu'il crée. Bien que le législateur s'emploie à l'interdire¹³⁹, la tentation est aussi grande pour les professionnels d'instrumentaliser ces techniques¹⁴⁰.

¹²⁸ K.-G. Giesen, « *Le transhumanisme comme idéologie dominante de la quatrième révolution industrielle* », JIBES, n°29, 2018, p. 199.

¹²⁹ *Rapport sur la place des biotechnologies en France et en Europe*, p. 167.

¹³⁰ J. Carbonnier, « *Rapport de synthèse* », *Génétique, Procréation et droit*, Actes Sud, 1985, p. 155.

¹³¹ V. CE, 17 oct. 2013, avis relatif à l'interdiction de la cigarette électronique dans les lieux à usage collectif.

¹³² V. P. Le Coz, « *La bioéthique à l'heure de la transition individualiste* », Et., mai 2018, n°4249.

¹³³ N. Le Dévédec, « *Corps et âme. Le transhumanisme, nouvel horizon biopolitique du capitalisme* », *op. cit.* p. 132.

¹³⁴ V. ex. CEDH, n°42758/98 et 45555/99, 17 févr. 2005, KA et AD c. Belgique.

¹³⁵ M. Canedo-Paris, « *La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif d'un concept controversé* », RFDA, 2008, p. 979.

¹³⁶ V. G Ganguilhem, *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966.

¹³⁷ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *id.*, p. 204.

¹³⁸ J.-P. Pierron, « *Qu'est-ce que les relations entre droit et environnement disent de nous ?* », Cah. just., 2019, p. 417.

¹³⁹ Interdiction est faite aux banques, assureurs, employeurs de prendre en compte des résultats de tests génétiques (art. 16-10, c. civ., art. L. 1132-1, c. trav. et art. L. 1141-1, CSP) ou d'imagerie médicale (art. 16-4, c. civ.).

¹⁴⁰ Ex. interdiction faite à l'employeur d'utiliser des données biométriques pour contrôler le temps de travail de ses employés, v. TGI Paris, 19 avr. 2005, D., 2005, Pan. n°2650, obs. Marino. L'autorisation de la congélation autologue des ovocytes créera, quant à elle, le risque que les femmes se le voient imposer par leur employeur, v. *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *id.*, p. 90 ; N. Le Dévédec, « *Corps et âme. Le transhumanisme, nouvel horizon biopolitique du capitalisme* », H. soc., n°207, 2018, p. 132.

Le flot ininterrompu des avancées médicales pose également un « *défi incommensurable à l'État-providence*¹⁴¹ », en mettant la capacité du système social à maintenir une mutualisation des coûts de la santé à l'épreuve. La logique universelle de l'assurance-maladie se fonde sur un principe de solidarité¹⁴², lequel revêt un double aspect. Il se veut une réponse aux demandes individuelles des assurés sociaux et, dans son volet collectif, il vise à maintenir l'équilibre global du système. Ces deux composantes ont évolué. D'une part, les biotechnologies ouvrent la porte à une individualisation de la prise en charge, dans une logique assurantielle de responsabilisation de l'assuré social¹⁴³. D'autre part, le principe de solidarité, qui vise à offrir les meilleures techniques médicales à tous, compose toujours plus avec une logique économique-financière et s'ouvre à une réflexion en termes de coût/avantage¹⁴⁴. L'extension quasi-inéluctable des techniques pose en effet la question de leur prise en charge collective qui, outre être économique ou politique, « *est une question éthique*¹⁴⁵ ».

Cet ordre public parcouru de tiraillements internes est aussi concurrencé de l'extérieur, du fait du caractère mondialisé de la problématique, de la recherche, des industries, etc. Les niveaux normatifs se superposent, plusieurs textes internationaux¹⁴⁶ d'une portée juridique variable¹⁴⁷ étant consacrés aux manipulations biotechnologiques du vivant. Mais, le cadre juridique le plus contraignant est celui de l'Union européenne. En dehors des questions éthiques, auxquels elle applique un principe de subsidiarité¹⁴⁸, celle-ci suit une logique économique dont la pierre angulaire est la libre circulation des médicaments et dispositifs médicaux. Par ailleurs, le système juridique national est en concurrence avec d'autres, plus favorables¹⁴⁹. Cette asymétrie législative fait le lit d'un nouveau type de « *law shopping*¹⁵⁰ » : « *tourisme procréatif*¹⁵¹ » ou « *de la neuro-amélioration*¹⁵² ». Enfin, la production normative d'origine privée qui, en dépit de la théorie, n'est pas dépourvue de force juridique, contribue à affaiblir l'ordre public¹⁵³.

¹⁴¹ K.-G. Giesen, « *Le transhumanisme comme idéologie dominante de la quatrième révolution industrielle* », *op. cit.*, p. 199.

¹⁴² Art. L. 1112-1, c. sécu. soc.

¹⁴³ V. ex. le débat sur la modulation de la prise en charge en fonction de l'observance - suivie en temps réel - du traitement par le patient : annulation d'un arrêté ministériel autorisant la modulation de la prise en charge d'un dispositif médical connecté au regard de l'observance individuelle du traitement prescrit, v. CE, 28 nov. 2014, n°366931, *Assoc. Coop. patients* et v. CE, n°417962, 17 juin 2019.

¹⁴⁴ Ainsi, les tests génétiques anténataux, interdits comme étant une forme atténuée d'eugénisme, mais autorisés dans d'autres pays d'Europe, sont défendus sur la base de considérations financières, le dépistage permettant d'éviter les coûts liés à la prise en charge des maladies détectées, v. J.-L. Mandel, « *Améliorer l'homme par la génétique ?* », *Rev. d'éth. théo. morale*, n°4, 2015.

¹⁴⁵ *Le dossier médical personnel et les données médicales de santé*, CCNE, 29 mai 2008, Avis, p. 6.

¹⁴⁶ Not. Convention du Conseil de l'Europe d'Oviedo du 4 avr. 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine ; Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, UNESCO, 11 nov. 1997 ; Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 nov. 2003 ; Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme, UNESCO, 19 oct. 2005.

¹⁴⁷ Ex. certaines dispositions de la Convention européenne sur les droits de l'Homme et de la biomédecine de 1996 pourraient être directement invoquées, v. CE, 26 avr. 2018, n°407536, *Synd. nat. des médecins biologistes*.

¹⁴⁸ V. J. Peigné, « *Le droit des biothérapies : entre subsidiarité éthique et harmonisation technique* », RDSS, 2008, p. 292 ; M. Blanquet, « *Compétence et ambivalence de l'Union européenne en matière de santé publique* », *Rev. UE*, 2019 p. 12.

¹⁴⁹ V. K.-G. Giesen, « *Le transhumanisme comme idéologie dominante de la quatrième révolution industrielle* », *op. cit.*, p. 202 ; M. Salah, « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux* », RIDE, n°3, 2013, p. 251.

¹⁵⁰ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *id.*, p. p. 35.

¹⁵¹ Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, v. M. Josselin-Gall, « *Bioéthique* », *Rep. dr. int.*, Dalloz, n°8 ; exportation de gamètes en vue d'une insémination *post-mortem* à l'étranger, v. CE Ass., n°396848, 31 mai 2016, *Mme G*.

¹⁵² P. Larrieu, « *La neuro-amélioration des sujets "sains" : enjeux anthropologiques, sociologiques et juridiques* », *op. cit.*, p. 82.

¹⁵³ Ainsi, les normes professionnelles en matière biomédicale sont usuellement reprises dans des actes réglementaires et des normes purement privées (chartes, codes de conduite privés), dont l'effectivité n'est plus à démontrer, sont produites en abondance, par le secteur pharmaceutique en particulier, v. J. Hervois, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th. univ. La Rochelle, 2011 ; C. Thibierge, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ., 2003, p. 599 ; X. Bioy, « *Quels droits de l'Homme pour l'humain "programmé" ?* », JIBES, n°29, 2018, p. 109.

On assiste en fin de compte à l'émergence d'un « *droit économique de la santé qui s'échappe d'un pur droit du marché*¹⁵⁴ » et coexiste avec des valeurs concurrentes portées par d'autres systèmes et sous-systèmes sociaux, tant il est vrai qu'il n'existe pas « *une rationalité économique en soi, sans référence à des valeurs externes*¹⁵⁵ ». La finalité de cet ordre public est la protection de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation¹⁵⁶, spécialement des individus les plus vulnérables. Ceci suppose un renouvellement constant de la réflexion et un ajustement permanent, notamment face à la montée des valeurs marchandes¹⁵⁷.

L'importance des enjeux a incité auteurs et parlementaires à suggérer que soient instaurés de « *nouveaux droits de l'Homme*¹⁵⁸ » adaptés à l'ère des biotechnologies et des neurosciences¹⁵⁹. S'agissant de règles qui sont au fondement du contrat social et devant l'accroissement de la part des puissances économiques privées, la voix de la société civile, citoyens et organisations non-gouvernementales, est fondamentale¹⁶⁰ afin de ne pas permettre, par exemple, que la recherche privée, parfois une « *recherche grise*¹⁶¹ », se déroule « *loin du regard des citoyens*¹⁶² » ou afin de ne pas se limiter à prendre « *la technique et la science comme idéologie*¹⁶³ », au risque que l'humain ne devienne un moyen au service des fins d'autrui, loin de « *l'homme total de chair et de sentiments*¹⁶⁴ » qui « *n'a d'autre finalité (...) que lui-même*¹⁶⁵ ».

Katja Sontag, MCF HDR
Faculté de droit, Université Côte d'Azur

¹⁵⁴ G. Farjat, « *Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation* », *op. cit.*, p. 511.

¹⁵⁵ M. Salah, « *L'irruption des droits de l'Homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* », LGDJ, 2002, n°43.

¹⁵⁶ Selon les termes du préambule de la Constitution du 27 oct. 1946.

¹⁵⁷ V. C. Labrousse-Riou, « *Transhumanisme. Entre progrès et nihilisme, l'humanité ne cesse de mettre en question sa condition* », *Rev. Lamy dr. civ.*, n°138, 2016 ; P. Pedrot, « *Le transhumanisme : une utopie à déconstruire* », JIBES, n°29, 2018, p. 126 ; C. Godin, « *Que deviendraient les droits de l'Homme avec le posthumain ?* », JIBES, n°29, 2018, p. 154.

¹⁵⁸ R. Andorno, M. Lenco, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, Life, sc., soc., pol., 2017.

¹⁵⁹ Ex. prop. loi constit., AN, n°1022, 5 juin 2018 ; X. Bioy, « *Quels droits de l'Homme pour l'humain "programmé" ?* », *op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁰ V. M. Gaille, « *L'idée de bioéthique globale : un combat à reprendre ?* », *Cah. philo.*, 2011, p. 131

¹⁶¹ P. Larrieu, « *La neuro-amélioration des sujets "sains" : enjeux anthropologiques, sociologiques et juridiques* », *op. cit.*, p. 87.

¹⁶² J. Testard, A. Rousseau, « *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes* », *Rev. projet*, n°366, 2018, p. 90.

¹⁶³ J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Gallimard, 1968.

¹⁶⁴ *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *id.*, p. 208.

¹⁶⁵ C. Labrousse-Riou, « *Que peut dire le droit de l'humain ? Vieilles questions, nouveaux enjeux* », *id.* p. 344.