

Les Cahiers de droit



Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français

Jean-Christophe Galloux

Volume 30, numéro 4, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042991ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042991ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

La catégorie des choses hors du commerce juridique et la notion d'extra-commercialité qu'elle définit, sembleraient reposer dans des zones calmes du droit. Aussi, praticiens et auteurs ont-ils pris le pli de qualifier d'hors du commerce une multitude d'objets dans le seul dessein de les soustraire partiellement aux mécanismes du marché. Une analyse approfondie de la notion d'extra-commercialité à partir de l'exemple des éléments et des produits du corps humain, nous révèle pourtant qu'elle n'est juridiquement cohérente et utile qu'autant qu'elle est absolue. Or, dans la pratique, cette condition n'est jamais réalisée. Afin d'éviter de conclure à la disparition pure et simple de cette catégorie juridique, il convient d'affirmer le caractère « temporairement absolu » de l'extra-commercialité, en réhabilitant le mécanisme juridique de l'affectation des biens à la personne.

Citer cette note

Galloux, J.-C. (1989). Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français. *Les Cahiers de droit*, 30(4), 1011–1032. <https://doi.org/10.7202/042991ar>

Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français

Jean-Christophe GALLOUX *

La catégorie des choses hors du commerce juridique et la notion d'extra-commercialité qu'elle définit, sembleraient reposer dans des zones calmes du droit. Aussi, praticiens et auteurs ont-ils pris le pli de qualifier d'hors du commerce une multitude d'objets dans le seul dessein de les soustraire partiellement aux mécanismes du marché. Une analyse approfondie de la notion d'extra-commercialité à partir de l'exemple des éléments et des produits du corps humain, nous révèle pourtant qu'elle n'est juridiquement cohérente et utile qu'autant qu'elle est absolue. Or, dans la pratique, cette condition n'est jamais réalisée. Afin d'éviter de conclure à la disparition pure et simple de cette catégorie juridique, il convient d'affirmer le caractère « temporairement absolu » de l'extra-commercialité, en réhabilitant le mécanisme juridique de l'affectation des biens à la personne.

The category of things outside legal commerce and the concept of extra commercium resulting therefrom, would seem to repose in the bucolic areas of the law. Accordingly, practitioners and authors have taken the habit of qualifying a multitude of items as being outside the ambit of trade for the sole purpose of removing them from the laws of the marketplace? An indepth analysis of the concept of "extracommerciality" based on the example of elements and products of the human body, serves to illustrate how this concept cannot be legally coherent and useful unless it is absolute. Yet, in practice, this condition is never satisfied. In order to avoid the pure and

* LL. M. de l'Institut universitaire européen de Florence, docteur en droit, chercheur invité au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

simple disappearance of this legal category, it would be fitting to assert the "temporarily absolute" character of extracommerciality while rehabilitating the legal process for assigning property to a person.

	<i>Pages</i>
1. L'extra-commercialité comme une notion absolue	1014
1.1. Le sens traditionnel de la notion d'extra-commercialité	1014
1.1.1. La catégorie juridique des choses hors du commerce	1014
1.1.2. Une catégorie du droit privé	1017
1.2. La portée de la notion traditionnelle d'extra-commercialité	1018
1.2.1. La commercialité des produits et des éléments du corps humain	1018
1.2.2. L'abandon des produits et des éléments du corps humain	1020
2. L'extra-commercialité comme une notion relative	1022
2.1. La restriction partielle au commerce juridique	1022
2.1.1. L'extra-commercialité relative à certaines personnes	1022
2.1.2. L'extra-commercialité relative à certains types de conventions	1024
2.2. La restriction temporaire au commerce juridique : l'affectation comme critère de l'extra-commercialité	1026
2.2.1. L'affectation des choses en droit public et en droit privé	1026
2.2.2. L'affectation personnelle des produits et des éléments du corps humain	1029
Conclusion	1031

Les choses hors du commerce appartiennent à ces catégories juridiques essentiellement marquées par la désaffectation doctrinale¹. Il s'agit moins là de la confirmation d'acquis théoriques que du symptôme d'une érosion de ceux-ci. D'une manière générale les praticiens du droit aperçoivent dans l'extra-commercialité un moyen commode de faire échapper certains objets à des conventions dont le maintien heurterait la sensibilité de leurs contemporains. Peu à peu, la jurisprudence et le législateur lui-même, plus soucieux de proposer des solutions socialement acceptables que juridiquement homogènes, ont transformé l'extra-commercialité en clause de style ou en une formule incantatoire grâce à laquelle le spectre du mercantilisme serait repoussé aux frontières du monde du droit. Le régime des éléments et des produits du corps

1. V. Loïc CADIET, *Jurisque Civil*, 1988, n° 5, art. 1598.

humain² en droit français est à cet égard exemplaire³. En effet, les progrès de la médecine permettent et réclament la circulation des éléments biologiques humains entre les personnes, tandis que l'ordre juridique commande la protection de l'intégrité du corps et le respect de la dignité de l'homme. Entre ces impératifs qui peuvent apparaître contradictoires, la qualification d'extra-commercialité constitue un enjeu. Cette position privilégiée nous aide à retracer l'évolution générale de cette catégorie et nous montre comment le discours juridique peut divorcer de la réalité qu'il prétend saisir.

À la différence du droit québécois, dont les dispositions de l'article 20 du Code civil ont largement épuisé le problème⁴, le droit français se proclame attaché au dogme de l'extra-commercialité du corps humain et de ses parties détachées. Les récents développements législatifs⁵ soutenus par des analyses « bioéthiques »⁶ pérennisent, bien qu'ils le nuancent, cet acte de foi. Les doutes exprimés par la doctrine depuis plus d'un demi-siècle envers cette position⁷ et l'examen des faits nous portent moins à nous demander, au-delà de ce contrat, dans quelle mesure elle est encore réaliste, qu'à nous interroger sur l'essence même de la catégorie des choses hors du commerce dans le droit civil contemporain.

En l'absence de définition claire, cette catégorie juridique s'est enflée d'objets divers dont l'énumération ne contribue pas précisément à en repérer les contours⁸. Existe-t-elle encore en tant que catégorie ? Dans l'hypothèse où elle demeure comme catégorie en droit, un critère doit présider à sa définition.

2. Nous adopterons ici sans la discuter, la formulation de « éléments et produits du corps humain » proposée par le groupe d'étude du conseil d'État dans *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La Documentation Française, 1988, p. 42-43 ; l'Avant-projet de Loi relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme, Paris, mars 1989, emploie les termes similaires « organes et produits ».
3. Un même constat pourrait être tiré d'autres domaines dans lesquels cette notion apparaît habituellement, en particulier pour ce qui concerne la cession des offices, des clientèles civiles ou commerciales : v. Loïc CADIET, *supra*, note 1, n° 50 s.
4. Voir sur l'ensemble de la question : François HELEINE, *Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain*, Montréal, Université de Montréal, 1975.
5. Voir l'Avant-projet de Loi, *supra*, note 2.
6. V. par exemple : comité consultatif d'éthique, *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine*, Paris, décembre 1987.
7. Le débat s'est définitivement engagé dans les années trente : v. L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », D.H. 1932, chr., p. 2 ; A. JACK, « Les conventions relatives à la personne physique », (1933) 53 *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 362 ; en dernier lieu : M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », (1988) 33 *Archives de Philosophie du Droit*, p. 323 s.
8. On trouve de tout dans la catégorie des choses hors du commerce selon l'inventaire qu'en dressent les auteurs : des cimetières, des substances vénéneuses, des clientèles, des animaux malades, des forteresses mais aussi le droit de vote, le sang, les œuvres non divulguées etc.

Ce ne peut être tour à tour celui de la volonté de l'homme, de l'effet de la loi ou de la nature des choses⁹. La recherche d'un critère distinctif exige que l'on détermine d'abord si l'extra-commercialité se présente comme une notion absolue ou relative, puisque les auteurs et la loi lui attribuent alternativement ou cumulativement ces caractères. Nous observerons, à la lumière des analyses doctrinales traditionnelles, que si l'extra-commercialité absolue permet seule de circonscrire la catégorie juridique des choses hors du commerce, le droit positif ne la reconnaît que dans sa relativité, et la vide ainsi de son sens. Le discours du droit balancerait alors entre la vanité et l'hypocrisie. Nous nous refusons toutefois à nous rendre à cette conclusion pessimiste. L'extra-commercialité doit encore jouer son rôle protecteur dans le système juridique, en faisant échapper certains objets dignes d'être soustraits, aux échanges juridiques. Ne serait-elle pas en définitive « relativement absolue », c'est-à-dire temporairement absolue? Ainsi en est-il des produits et des éléments du corps humain absolument hors du commerce tant qu'on les considère affectés à la personne. En ce sens, l'affectation pourrait représenter l'un des critères de l'extra-commercialité des choses en droit.

1. L'extra-commercialité comme une notion absolue

Traditionnellement, la notion d'extra-commercialité s'entend de façon absolue. Sa portée s'en trouve considérablement limitée vis-à-vis des produits et des éléments du corps humain.

1.1. Le sens traditionnel de la notion d'extra-commercialité

Il n'est fait mention des choses hors du commerce que dans trois articles du *Code civil français* : les articles 1128, 1598 et 2226¹⁰. Ce ne sont là que les vestiges d'une catégorie juridique beaucoup plus vaste que ces rappels ne le laissent supposer, essentiellement circonscrite au droit civil.

1.1.1. La catégorie juridique des choses hors du commerce

Une confusion répandue tend à faire de l'article 1128 du Code civil un cas particulier d'application de l'article 6 du même code¹¹. Or, la chose dont il est

9. Voir l'art. 1486 du *Code civil du Québec*, dont la rédaction reprend l'analyse des auteurs classiques et s'éloigne de l'article 1598 du *Code civil français* ainsi libellé : « Tout ce qui est dans le commerce ne peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ».

10. Respectivement : art. 1059, 1486 et 2217 du *Code civil du Québec*, qui reprennent dans leur esprit sinon dans leur lettre les dispositions inchangées du Code Napoléon.

11. Art. 13 du *Code civil du Québec*; v. par ex. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 94.

traité ici n'est pas l'objet de la convention mais l'objet de l'obligation et, plus précisément, son objet dans le cadre d'une obligation de donner¹². Les expressions telles que « action licite » ou « illicite » s'emploient plutôt dans le cadre d'une obligation de faire ou lorsqu'il s'agit de l'objet du contrat¹³. Cette précision permet de donner son vrai sens à l'article 1128 et d'éviter qu'il n'absorbe tout le champ des conventions à objet illicite¹⁴. Le terme « choses hors du commerce » définit ainsi un ensemble de choses (et non pas de comportements) retirées du commerce juridique en raison de leur nature propre. Cette interprétation stricte se trouve corroborée par la liste des objets qu'on range habituellement dans cette catégorie¹⁵.

Cette approche s'accorde également à l'historique de la catégorie en droit romain. La division entre *res in commercio* et *res extracommercium* s'est substituée à celle qui distinguait les *res in humani juris* des *res divini juris*, avant de s'effacer devant la distinction entre *res in patrimonio* et *res extra patrimonium*¹⁶. Ce rappel nous remémore que la chose hors du commerce est d'abord une survivance du sacré ou du tabou dans un système juridique¹⁷ ; il nous enseigne ensuite que les catégories de l'extra-commercialité et de l'extra-patrimonialité ne sont pas identiques si parfois elles coïncident.

La dernière affirmation se déduit du sens même du mot *commercium*, « un sens exceptionnel plus général que l'acceptation ordinaire. Il désigne non seulement les opérations commerciales proprement dites (...) mais tout acte juridique ayant pour but de créer, modifier ou éteindre des droits. Une chose hors du commerce est une chose qui ne peut faire l'objet d'actes juridiques accomplis par des particuliers »¹⁸. Le commerce évoque l'idée d'une circulation

12. En ce sens : A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1986, ° 224 s., p. 236 s. » ; Pandectes françaises, art. « obligations », vol. 32, Plon, Paris, 1893, n° 7616 ; voir également l'Exposé des Motifs de M. BIGOT DE PREAMENEU, dans LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, vol. 12, Paris, dans TREUTTEL et WÜRTZ, 1828, p. 324, n° 24 ; J.L. BAUDOIN, *Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, n° 220, p. 125.

13. En ce sens : G. MARTY et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 4, 1^{re} partie par P. ESMEIN, Paris, L.G.D.J. 1930, n° 224, p. 301.

14. En ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 4, 1^{re} partie par P. ESMEIN, Paris, L.G.D.J. 1930, n° 224, p. 301.

15. Les auteurs énumèrent des objets tels que les choses communes, les offices ou les choses du domaine public et non pas des actions spécifiques ; voir par exemple L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, tome IX, Montréal, Wilson-Lafleur, 1961, n° 163, p. 143.

16. V.C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, vol. 1, Paris, Cotillon, 1882, p. 453 et 477 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. 5, Paris, Sirey, 1899, p. 12, n° 12.

17. En ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1979, n° 26, p. 106.

18. E. GAUDEMET, *supra*, note 11, p. 94 ; dans le même sens : J. CARBONNIER, *supra*, note 17, n° 25, p. 104 ; G. FARJAT et G. MARTIN, *Juriste civil*, art. 1128, 1985, n° 39.

des choses autour des personnes¹⁹ mais il n'est pas le synonyme du terme économique de « marché »²⁰. Dès lors, il serait illogique de réduire sa portée aux seules conventions visées par l'article 1128 C. civ. ou, pis encore, à la seule vente régie par l'article 1598 du même Code. Cette solution équivaldrait à autoriser une donation entre vifs mais non un prêt, par exemple. Or, la gratuité²¹ non plus que l'unilatéralité de l'acte ne constituent des critères de l'extra-commercialité. La doctrine comme la tradition juridique, confortées par la lettre de l'article 2226 C. civ.²², convergent vers ce point : les choses hors du commerce sont inaliénables, elles ne peuvent changer de titulaire de droit²³.

Cette qualité fondamentale ne doit toutefois pas être « mésinterprétée » : l'extra-commercialité ne se réduit pas à la prohibition d'un changement de titulaire ; elle ne s'étend pas à l'exclusion de la propriété de la chose²⁴. En effet, la mise hors du commerce juridique atteint les échanges juridiques entre les personnes mais pas, à notre sens, la relation primaire de la personne à sa chose que consacre sa propriété. La chose hors du commerce se trouve appropriée quand elle reçoit cette qualification, faute de quoi il serait redondant de prohiber qu'elle change de maître ; il n'apporte donc rien d'inclure les choses communes, « insusceptibles » d'appropriation dans la catégorie des choses hors du commerce. Le droit pénal en tire une conséquence logique quand il fait de la chose hors du commerce un objet susceptible de vol²⁵. Il est aussi vain de préciser que la personne humaine est hors du commerce puisque cette qualification ne s'applique qu'aux choses dont la personne se trouve nécessairement retranchée.

19. V. INSTITUTES, Liv. III tit. XXIII ; J. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts*, 9^e éd. par E. BONNIER, Paris, Plon, 1875, n° 1451, p. 271.

20. En ce sens : M.-A. HERMITTE, *supra*, note 7, p. 333 notamment.

21. Un contrat de bienfaisance (art. 1105 C. civ.), ayant pour objet une chose hors du commerce, tombera sous la prohibition de l'art. 1128 C. civ.

22. L'imprescriptibilité constitue un empêchement à l'acquisition d'une chose ; l'imprescriptibilité complète l'inaliénabilité : v. Roger BÉRAUD, « L'indisponibilité juridique » D 1952 chr. XXXVIII, p. 188, n° 4.

23. En ce sens : B. STARK, *Droit civil. Obligations*, Litec, Paris, 1972, p. 433, note 55 ; Henri et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 2^e volume par M. DE JUGLART, Paris, Montchrestien, 1984, n° 840, p. 116.

24. Ce qui aurait pour effet de confondre extra-commercialité et extra-patrimonialité : v. R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1944, n° 28, p. 11 ; contra : L. FARIBAUT, *supra*, note 15, tome VII bis, 1952, n° 272, p. 190.

25. En ce sens : cass. crim. 5 novembre 1985, bull. crim. n° 340, p. 873 ; v. également : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel et droit pénal spécial*, tome 2, Paris, Cujas, 1982, n° 2218.

1.1.2. Une catégorie juridique du droit privé

Le commerce juridique dont il est question n'a cours qu'entre personnes de droit privé. Il serait plus juste de dire que la catégorie des choses hors du commerce est propre au droit privé, quoique les catégories réelles trouvent à s'appliquer dans toutes les branches du droit. Le caractère privatif des choses hors du commerce est à la fois historiquement fondé et unanimement affirmé par les auteurs²⁶. Il repose en fait sur des considérations d'ordre sociologique héritées de l'antiquité : seuls les hommes possèdent des biens ; les dieux non plus que l'État ne possèdent au sens civiliste les choses qui leurs sont destinées. Pourtant à côté des choses sacrées, qui ont d'ailleurs pratiquement disparu de la classification moderne des biens, les biens publics sont couramment cités parmi les articles principaux de la catégorie des choses hors du commerce²⁷. Cette opinion nous paraît peu soutenable.

Dans la mesure où la propriété des personnes publiques sur les biens publics, sans être d'essence différente de la propriété civile, déroge de manière exorbitante au régime de celle-ci au point de constituer une véritable « propriété administrative »²⁸ et qu'il en est de même des règles gouvernant la circulation des biens publics, il serait téméraire d'analyser d'un point de vue civiliste des biens réservés aux personnes publiques²⁹. Il n'est que remarquer que les biens du domaine public ne demeurent nullement hors d'un commerce juridique au sens strict et que le droit public ne connaît pas d'extra-commercialité. Ainsi, leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité ne valent qu'à l'égard des personnes privées³⁰ ; elle résulte de leur affectation qui peut elle-même disparaître, les rendant alors prescriptibles et aliénables. Au surplus, la personne publique propriétaire de ces biens peut passer des conventions avec des personnes privées à leur propos.

Une éventuelle pertinence de la catégorie des choses hors du commerce aux biens public ne se concevrait donc qu'à l'égard des biens gouvernés par des dispositions de droit privé, c'est-à-dire envers ceux qui relèvent du seul domaine privé des personnes publiques³¹.

26. Le Digeste l'énonce : Ib 34, par. 1 et 2 f. Paul, 6 pr. f. Pompon. ; DEMOLOMBE, *infra*, note 72, p. 316 ; PLANIOL et RIPERT, *supra*, note 14, n° 224 ; WEILL et TERRE, *supra*, note 12, n° 231, p. 240.

27. V. LOÏC CADIET, *supra*, note 1, n° 67 s. ; L. FARIBAUT, *supra*, note 15, tome VII bis, n° 274, p. 191.

28. V. J.M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1986, n° 235, p. 373.

29. En ce sens les articles 537 et 538 du *Code civil français*.

30. Il est en effet des cas de transfert de propriété d'une personne publique à une autre sans désaffectation préalable du bien : v. DUCOS-ADER et AUBY, *supra*, note 28, n° 238, p. 377 ; L. FARIBAUT, *supra*, note 15.

31. Les auteurs ne placent au demeurant que les biens du domaine privé de l'État hors du commerce juridique : v. *supra*, note 10.

Une conception aussi absolue, comme également la seule vraiment rationnelle de la notion d'extra-commercialité, a pour effet majeur de restreindre son extension. L'examen du statut des produits et des éléments du corps humain en fournit l'illustration : la pratique révèle la commercialité de ces objets, même lorsque les personnes recourent à l'écran juridique de l'abandon dont au demeurant, l'acceptabilité morale reste douteuse.

1.2. La portée pratique de la notion traditionnelle d'extra-commercialité

1.2.1. La commercialité des produits et des éléments du corps humain

A. Jack l'avait signalé voici longtemps, le principe de l'extra-commercialité du corps humain « apparaît à la réflexion comme frappé d'un vice radical : il se révèle contraire aux faits »³². Un rapide tour d'horizon des objets en cause confirme cette opinion : aucun d'eux ne peut recevoir la qualification d'objet hors du commerce selon les critères traditionnels dégagés précédemment.

Les phanères entrent indubitablement dans le commerce juridique, elles peuvent faire l'objet de conventions entre particuliers. Le principe en semble universellement admis³³.

Le sang tombe de la même manière dans le commerce juridique quoiqu'il soit plus intimement contrôlé quant à son recueil, sa distribution et l'examen de ses qualités biologiques³⁴. S'il est constant que le donneur n'est pas rétribué pour le sang fourni, les centres de transfusion sanguine, dont plus de la moitié sont des personnes de droit privé, cèdent le produit et ses dérivés à un prix fixé par le ministère chargé de la Santé³⁵. La commercialité se trouve autant confirmée par les courants « transfrontières » de produits sanguins : les établissements hospitaliers publics ou privés importent ces denrées dans les mêmes conditions que d'autres produits à usage thérapeutique.

La situation du lait maternel est identique ; les contrats de nourrice ont toujours existé et leur validité juridique n'a jamais été mise en cause. À l'instar du commerce du sang, le commerce du lait a été organisé selon des principes comparables : des organismes sans but lucratif, les Gouttes de Lait,

32. A. JACK, *supra*, note 7, p. 365.

33. V. Étude du conseil d'état, *supra*, note 2, p. 43.

34. Art. L 666 à L 677 du *Code de la Santé Publique*.

35. Ainsi un litre de sang humain « total » vaut 303,75 F : v. *Arrêté du 12 septembre 1988 relatif au tarif de cession des produits sanguins*, J.O., p. 11810 ; v. également *Arrêté du 12 février 1988 relatif au tarif de cession du plasma destiné au fractionnement*, J.O. 10 mars 1988, p. 3194-3195.

assurent la distribution du produit ³⁶ dont le prix de vente et de remboursement sont également fixés par l'autorité publique ³⁷.

Les gamètes humaines, le sperme en particulier, se vendent et s'achètent parfois auprès du donneur. Mais la gratuité de principe ne peut masquer les transferts de propriété que le don suppose entre le donneur et les centres spécialisés de recueil et de conservation, ou le praticien, et la remise au profit d'un couple receveur qui fait l'objet d'une tarification particulière ³⁸. Ces diverses opérations sont le signe d'un commerce juridique sans qu'il soit nécessaire d'appliquer à celles-ci un cadre conventionnel *stricto sensu*. Les produits humains circulent entre les personnes privées ou publiques ; ils ne demeurent pas, comme l'exigerait le statut de l'extra-commercialité, en la seule maîtrise de la personne d'où ils proviennent.

Les éléments du corps humain, tels les organes, peuvent être donnés du vivant de la personne ou prélevés à l'heure de sa mort en vue d'une réimplantation. Ces translations légalement consacrées ³⁹ nous portent aux mêmes conclusions relativement à l'existence d'un commerce juridique. À ceux qui objecteraient qu'il n'y a pas de transmission juridique puisqu'il n'y aurait pas de propriété sur le corps ou sur ses éléments, nous répondrons que pour le moins, l'élément corporel non affecté à une personne est une chose appropriable ⁴⁰ ce que ne dément pas le droit fiscal ⁴¹.

Les cellules et les produits intracellulaires, les organelles ou le matériel génétique circulent enfin dans le commerce juridique, ce qui ne signifie pas pour autant que la personne du corps de laquelle elles ont été extraites en tire un quelconque bénéfice. À l'instar des autres produits corporels, le don est de rigueur et révèle à lui seul le commerce juridique ⁴². Ces matériels biologiques font même l'objet de revendications réelles et de conventions dans un cadre industriel. Contrairement à ce qui a pu être écrit ⁴³, on ne distingue pas dans la

36. Décret n° 74-58 du 15 janvier 1974, J.O. du 27 janvier.

37. *Arrêté du 15 juillet 1987 fixant le prix de vente et de remboursement du lait humain*, J.O. du 6 août, p. 8769.

38. *Arrêté du 18 février 1986 relatif au tarif de responsabilité applicable aux produits d'origine humaine utilisés pour les inséminations artificielles*, fixant à 277,40 F le prix de la paillette congelée, J.O., p. 3036.

39. Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 et le décret n° 78-501 du 31 mars 1978.

40. En ce sens : MERLE et VITU, *supra*, note 25, n° 2218.

41. Art. 5, al. 1 de l'accord européen relatif à l'échange de substances thérapeutiques d'origine humaine conclu le 15 décembre 1958, modifié par protocole additionnel de Strasbourg du 29 septembre 1986, permet de faire échapper ces produits à d'éventuels droits de douane.

42. *Contrat* : Avis du Comité Consultatif National d'Éthique du 23 janvier 1987 ; CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 37.

43. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation des cellules humaines et de leurs dérivés*, Rapport 1987, Paris, La Documentation française, 1987.

pratique le produit issu de ces matériels biologiques « qui entrerait dans les circuits normaux de la distribution » et le produit humain. La simple lecture des revendications de brevets dans le domaine de recombinaisons génétiques suffit à faire justice de cette allégation. Les molécules d'ADN, copies fidèles des fractions de matériel génétique humain incorporées en chacune de nos cellules, sont revendiquées *per se* ainsi que la protéine qu'elles permettent de synthétiser⁴⁴. Cet exemple illustre les difficultés éprouvées par les juristes à trouver un critère définitoire sur la ligne sinuant entre des pratiques jugées nécessaires et des principes moraux impératifs. L'abandon des produits et des éléments du corps humain a offert pendant un temps l'illusion d'un équilibre permettant de concilier l'extra-commercialité de certains produits et éléments du corps humain en son sens absolu, avec les réalités du marché de la santé.

1.2.2. L'abandon des produits et des éléments du corps humain

L'abandon est une sorte d'acte de disposition en négatif, celui par lequel la personne rompt définitivement le lien d'exclusivité qui l'attachait juridiquement à une chose. Il fait du bien une chose sans maître⁴⁵. Si cette abdication doit résulter d'une volonté non équivoque de son auteur, il est rare qu'elle fasse l'objet d'une publicité auprès des tiers. La nature de la chose, le lieu ou les circonstances de son délaissement restent les critères présomptifs les plus sûrs de cette volonté. L'abandon, dans la mesure où il vise la destruction de la chose, ne conduit pas à la remettre dans le commerce entre les particuliers par le biais d'une appropriation en tant que *res nullius*⁴⁶. Dans cette mesure, il paraît compatible avec le statut de l'extra-commercialité. Ainsi, une œuvre non encore divulguée par son auteur et partant, hors du commerce⁴⁷, ne peut être acquise lors même qu'elle ait été délaissée comme

44. V. A.M.O. ALTMAIER, « Patent claims in specific biotechnological fields », Patent Meeting on biotechnology, 11 janv. 1984, Brussels ; P.A. RAUH et H.R. JAENICHEN, « Novelty and inventive step in inventions having proteins or DNA sequences as their subject matter », (1988) 70 *JPTOS*, n° 5, p. 323-328 ; R. TESCHEMACHER, « The practice of European Patent Office regarding the grant for biotechnological inventions », (1988) 19 *IIC*, n° 1, p. 22.

45. Sur cette question, v. Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété ; contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de droit, Lyon III, 1981, n° 461 s. ; J.C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de droit, Bordeaux I, 1988, p. 202 s.

46. En ce sens, l'hypothèse de l'abandon est fondamentalement différente de celle du don qui suppose toujours une manifestation explicite de volonté et un transfert juridique de la chose au bénéfice d'une personne déterminée ou d'une institution ; cette distinction est souvent ignorée : v. Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 43.

47. En ce sens : ORLÉANS, 17 mars 1965, JCP 1965 II 14, 185 note BOURSIGOT ; R. LINDON, *Une création prétorienne : les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1974, n° 522.

déchet⁴⁸. La pratique médicale semble s'être accommodée de ce mécanisme : le placenta et les produits des excréments recueillis lors d'interventions thérapeutiques ou diagnostiques constituent pour le corps médical une source quasi illimitée de produits biologiques que les patients seront présumés avoir abandonné. Mais, pour que le montage juridique respecte l'extra-commercialité des objets en cause, il conviendrait de considérer qu'ils sont appropriés sous un régime de droit public et qu'ils évoluent par la suite dans le cadre d'un service public de santé ce qui leur conférerait en quelque sorte un caractère domanial⁴⁹.

Force est de constater l'irréalisme de cette solution, bien qu'elle entrât sans doute dans les desseins des promoteurs des centres de transfusion sanguine et des lactariums. L'acte d'abandon est en fait détourné de sa finalité et il conduit à des abus évidents. La multiplicité des acteurs privés et la synergie désormais bien établie entre les établissements hospitaliers, les centres de recherche universitaires et l'industrie, s'accordent mal au statut monolithique du service public. Pis encore, les barrières jadis étanches entre les domaines médical et commercial permettent aujourd'hui aux produits et aux éléments du corps humain de passer subrepticement de l'un à l'autre. Les juristes comme les patients s'étonnent alors du retraitement industriel des placentas « abandonnés », de l'utilisation à des fins cosmétiques de fœtus humains « abandonnés » à la suite d'avortements et de la « brevétisation » de lignées cellulaires humaines présumées elles aussi « abandonnées ».

Les temps ne sont plus à l'innocence juridique. L'abandon tel qu'il est actuellement pratiqué présente des allures de dol : on incite la personne à abandonner ce qu'elle croit être un déchet promis à l'incinérateur, afin de pouvoir l'acquérir sans formalité. De telles manœuvres heurtent la morale la mieux établie et ont été justement dénoncées en ce qu'elles font fi de la volonté personnelle ; l'abandon ne saurait en aucun cas servir d'écran à un don déguisé⁵⁰. Il y aurait lieu avant toute chose de s'interroger sur la compatibilité du statut de *res derelictae* avec la nature particulière des produits biologiques humains. Le respect de la dignité qui s'attache au corps et à ses attributs n'interdit-il pas l'abandon de ceux-ci dans un but autre que leur destruction ? En conséquence ces éléments biologiques ne pourraient devenir des choses offertes à leur premier inventeur⁵¹.

48. PARIS, 6 mars 1931, DH 1931, p. 227 ; autre hypothèse, un animal atteint d'une maladie contagieuse, assurément chose hors du commerce, doit être éliminé comme un déchet par le biais de son abandon : la circulation juridique prend fin.

49. En un sens proche : B. STARK, *supra*, note 23, n° 1391, p. 433.

50. Cf. *supra*, note 42.

51. V. J.-C. GALLOUX, *supra*, note 45, p. 209-210 ; il est contraire aux bonnes mœurs d'abandonner un cadavre sans sépulture, *id.*, p. 94 ; récemment les autorités britanniques ont prohibé la vente de boucles d'oreilles soi-disant « artistiques » constituées par des embryons humains.

La conception traditionnelle et absolue de l'extra-commercialité se révèle donc radicalement contraire à l'état du droit positif français actuel. Elle mérite d'être rejetée dès lors que son application incite au surplus à des pratiques contraires à la morale. Il échoit d'examiner en quoi une approche relativiste de l'extra-commercialité, en corrigeant ces vices, montrerait plus de pertinence envers les faits relevés.

2. L'extra-commercialité comme une notion relative

Un courant doctrinal majoritaire penche en faveur d'une approche relativiste de la notion de chose hors du commerce⁵². La chose se trouve placée hors du commerce non plus en raison d'une nature en quelque façon sacrée, comme dans le cas des matériels biologiques humains, mais au gré des circonstances dans lesquelles elle s'objective. Ce changement radical de perspective s'enracine dans une vision du monde qui n'accorde plus aux existants une essence unique et invariante mais seulement une destination, sinon une utilité particulière à un projet déterminé. L'extra-commercialité s'annonce alors comme le placement partiel hors du commerce juridique, une restriction de celui-ci à certaines personnes, à certains buts ou à certaines conventions. Cette tendance aisément observable pour les produits et les éléments du corps humain conduit à interdire toute catégorisation puisqu'aucun critère objectif ne préside plus à sa définition. Elle rend la catégorie des choses hors du commerce superflue puisqu'elle aura perdu en conséquence sa fonction protectrice. La seule issue possible qui lui rende tout à la fois son autonomie et son utilité consisterait à associer l'idée d'extra-commercialité à celle d'affectation, en transformant l'extra-commercialité en une notion temporairement absolue ou relative.

2.1. La restriction partielle au commerce juridique

2.1.1. L'extra-commercialité relative à certaines personnes

Le droit romain a connu une extra-commercialité relative à certaines personnes⁵³. S'autorisant de ce précédent, des auteurs ont affirmé l'extra-

52. V. notamment : BAUDRY-LACANTINERIE, *supra*, note 16. JOSSERAND, *supra*, note 7, n° 119, p. 68.

53. Comme par exemple les fonds situés dans une province à l'égard du gouverneur de celle-ci : L. 62 pr., De contr. empt. XVIII; et CICÉRON, Verr. 2^e act., IV, 5.

commercialité relative des substances vénéneuses⁵⁴ ou des armes de guerre⁵⁵ entre autres choses.

Un raisonnement comparable trouverait à s'appliquer à la plupart des produits et des éléments du corps humain. Les organes prélevés sur un mineur vivant ne sauraient être transplantés qu'au profit d'un frère ou d'une sœur⁵⁶; les yeux du *de cujus* ne peuvent être légués qu'à un établissement public ou une œuvre privée pratiquant ou facilitant la pratique des kératoplasties⁵⁷; les gamètes humaines ne peuvent être recueillies que par des établissements d'hospitalisation spécialement agréés⁵⁸. À l'autre extrémité de la chaîne « commerciale », les produits ou les éléments cités ne sont attribués qu'à des patients pour lesquels ils constituent un moyen thérapeutique. Il viendrait que ces matériels biologiques sont hors du commerce à l'égard de tous autres intervenants. Un individu ne pourrait ainsi disposer de ses gamètes à l'égard d'une personne déterminée, fût-ce à titre gratuit⁵⁹.

Ces exemples sont transposables au sang et au lait humain. Ils évoquent l'existence d'un monopole sur le commerce de ces produits entre les mains du corps médical. Ce dernier garantit tout à la fois les conditions d'intervention sur, ou vis-à-vis du donneur et une certaine protection de la personne contre elle-même. La présence du corps médical confère à ces opérations juridiques une acceptabilité morale incontestable. Le praticien joue le rôle d'un écran pour des transferts juridiques qui se seraient déroulés en son absence, de particulier à particulier, de demandeurs à offrants de matériels biologiques⁶⁰. Cet écran a pour effet de jeter précisément sur cette réalité économique brutale, le voile de l'altruisme et de l'intérêt général. Il est aussi vrai que le monopole médical n'est plus absolu. Certains produits humains demeurent sans restriction dans le commerce juridique, comme les phanères, et d'autres y rentrent comme les cellules, pour n'être pas destinées au corps médical ou à

54. Dont la détention est réservée aux pharmaciens : art. L 512 et L 626 du *Code de la Santé Publique*, et le commerce circonscrit au cercle médical : v. BAUDRY-LACANTINERIE, *supra*, note 16, p. 77-78 ; L. FARIBAULT, *supra*, note 15, tome XI, p. 148-149, n° 171.

55. V. BAUDRY-LACANTINERIE et L. FARIBAULT, *id.* ; leur commercialité est relative dans la mesure où l'État en fait commerce de même que les industries pour la plupart de droit privé qui les fabriquent.

56. Loi du 22 décembre 1976, *supra*, note 39, art. 1, par. 2.

57. Loi n° 49-890 du 7 juillet 1949.

58. Décret n° 88-327 du 8 avril 1988 ; art. 10 de l'Avant-projet, *supra*, note 2.

59. Le jugement rendu par le TGI de CRETEIL le 1^{er} août 1984, GP 1984 2, p. 560, pose alors la question de savoir si le conjoint figure au nombre des personnes au profit desquelles un commerce peut s'établir ; en ce sens : Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 63, n° 9.

60. Comme cela se passe dans de nombreux pays anglosaxons : v. par exemple : OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESMENT, *The ownership of Human Tissues and Cells*, Washington, GOP, 1987.

des usages strictement thérapeutiques; voire pour être attribués par les praticiens à d'autres agents économiques⁶¹. L'extra-commercialité pourrait alors s'apprécier selon les types de conventions.

2.1.2. L'extra-commercialité relative à certains types de conventions

Les matériels biologiques humains seraient hors du commerce relativement à certaines modalités ou à certaines finalités conventionnelles⁶². La catégorie des choses hors du commerce varierait alors en raison des relations juridiques.

C'est ainsi que les matériels biologiques humains sont en principe incessibles. L'exigence de la gratuité, rappelée constamment dans les textes et les recommandations⁶³, n'affecte que les rapports entre le donneur de tels matériels et le service receveur. Cette exigence ne s'impose qu'à quelques produits biologiques. Elle s'étend néanmoins au-delà de la vente à tous les contrats synallagmatiques; la décision du tribunal de Creteil tranche le cas d'un dépôt mais la solution vaut pour toutes les conventions dans lesquelles une contrepartie serait exigée. On serait même tenté de prohiber, en dernière analyse, toute convention passée entre le donneur et l'autorité médicale dans la mesure où l'on peut attribuer à ces actes une telle qualification civile⁶⁴.

Il reste que cette extra-commercialité autorise la personne à disposer unilatéralement de son matériel biologique et les organismes donataires à en disposer également au profit d'autres agents juridiques⁶⁵; c'est-à-dire que les éléments et les produits du corps humain supportent des actes juridiques de droit privé. En ce point, on constate pleinement la relativité fondamentale de la catégorie juridique ainsi comprise.

Les matériels biologiques humains seraient enfin hors du commerce en raison du but prévu au contrat. La prohibition porterait sur certains types de

61. V. Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 45, n° 12.

62. En ce sens : JOSSERAND, *supra*, note 7, n° 119, p. 68; WEILL et TERRE, *supra*, note 12, n° 231, p. 240.

63. V. art. 3 de la Loi du 22 décembre 1976, *supra*, note 39; Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 44, point 6, points 13 et 14, p. 64; Avant-projet, *supra*, note 2, modifications projetées des art. L. 668-13 du *Code de la santé publique*, et art. 20 du Code civil.

64. Comp. B. STARK, *supra*, note 23, n° 1392, p. 433.

65. Cette conception singulière est bien la seule qui puisse donner un sens à des affirmations aussi inattendues que les suivantes : « le don [du corps] [...] est consenti, gratuit, parce que le corps est hors commerce » ou « les forces génétiques mises en réserve sont hors du commerce [...] Les organismes dépositaires ne peuvent les mettre à la disposition d'autres organismes qu'aux conditions suivantes... » dans Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 16-17 et 64.

commerce⁶⁶. La spéculation ou l'utilisation à des fins industrielles des éléments du corps humain serait interdite au contraire des usages thérapeutiques ou en vue de la recherche, encore que le flou qui entoure ce dernier terme prête à des interprétations fort larges. Cette restriction ne toucherait pas les produits du corps et ne vaudrait qu'en droit interne comme nous l'avons observé. La doctrine la plus récente et le législateur semblent entrer dans ces vues⁶⁷.

En fait, la coïncidence de l'extra-commercialité et des diverses restrictions légales au commerce juridique conduit à vider cette catégorie juridique de sa substance, puisqu'aucun critère ne permet d'en repérer la frontière. En effet, les choses dont la loi n'a prohibé l'aliénation que relativement à certaines personnes, telles que les biens des mineurs à l'égard de son tuteur, ne sont point par cela seul qualifiées de choses hors du commerce, non plus que les biens soumis à un monopole d'État. Dans ces hypothèses, il s'agit plutôt d'une inaccessibilité spéciale frappant des choses par elles-mêmes dans le commerce, inspirée par des considérations de santé ou de sécurité publiques⁶⁸. Elles sont le pendant légal des interdictions d'aliéner d'origine conventionnelle prévues à l'article 900-1 du *Code civil français*⁶⁹, dont personne ne contestera que l'objet sur lequel elles portent est en principe une chose dans le commerce.

La relativité extrême de l'extra-commercialité révélée par ces exemples ruine la catégorie en tant que telle. Que le même sang parfois se vende ou s'échange et parfois soit interdit de don et d'échange, incite à voir dans cette interdiction une conséquence des circonstances qui entourent l'opération juridique et non un effet de la considération du sang lui-même. Un tel contrôle ressort en définitive exclusivement à la théorie de la cause : « Ce que l'on veut dire, lorsqu'on affirme que le corps humain est indisponible ou hors du commerce, c'est seulement en réalité, que certaines atteintes particulièrement graves à l'intégrité physique sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs [...] Tout ceci concerne plutôt l'immoralité des conventions qu'il

66. Comp. R. SAVATIER, « Le corps humain est hors du commerce ! il l'est pour tout commerce » dans « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs » dans *Hommage à Victor Gontho*, Liège, Fac. Droit de Liège, 1962, p. 589.

67. En ce sens : Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 45, point 12 ; Avant-projet de Loi précité, modification des art. 20 du Code civil, art. L 666-4, L 668-13 et L 676-3 du *Code de la santé publique*.

68. En ce sens : L. CADIET, *supra*, note 1, n° 105 s. ; J.M. BOILEUX, Commentaire sur le Code Napoléon, tome 4, Paris, Marecq Aîné, 1866, n° 1128, p. 378 ; PANDECTES, *supra*, note 12, n° 7624.

69. Ces clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt légitime et sérieux.

n'illustre l'extra-patrimonialité de la personne humaine »⁷⁰. Ainsi la qualification extra-patrimoniale des produits et des éléments du corps humain, loin de leur interdire de supporter des actes juridiques, doit s'interpréter comme une règle d'appréciation plus stricte de la moralité de leur cause⁷¹. En conclusion, le critère de l'extra-commercialité ou de ses effets se confond avec celui de la conformité causale de l'acte juridique aux exigences de l'ordre public ou des bonnes mœurs.

« L'impossibilité de la chose qui fait l'objet du contrat doit être absolue et perpétuelle. Si elle n'était que relative ou temporaire elle ne serait pas un obstacle à sa validité »⁷². L'extra-commercialité comme notion relative ne propose donc pas une protection efficace de la personne humaine ; cette protection ne repose plus que sur l'examen de la moralité des actes qui prennent ses éléments biologiques pour objet. La recherche d'une voie moyenne qui tienne à la fois compte de la nature de la chose et de la volonté de son maître, c'est-à-dire d'un critère distinctif qui participe de cette double signature, nous conduit à examiner le mécanisme de l'affectation. Il constituerait l'amorce d'une nouvelle cohérence juridique en conciliant les exigences d'absolutisme commandées par la nature particulière des choses hors du commerce et une protection personnelle efficace, avec les nécessités contemporaines de voir ces choses circuler dans le commerce juridique.

2.2. La restriction temporaire au commerce juridique : l'affectation comme critère de l'extra-commercialité

2.2.1. L'affectation des choses en droit public et en droit privé

L'affectation s'entend de la destination formalisée d'une chose. Textuellement, elle ne se rencontre plus qu'en droit public, en France du moins⁷³ : elle représente le critère de la distinction entre les biens du domaine public et

70. Pascal ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personne : une approche critique des droits de la personnalité*, thèse de droit Dijon, 1978, n^{os} 200 et 205.

71. En ce sens : F. CABRILLAC, *Le droit civil et le corps humain*, thèse de droit Montpellier, 1962, p. 224.

72. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome XXV, vol. I, Paris, Durand-Hachette, 1872, n^o 318, p. 295.

73. La doctrine française ne reconnaît pas l'existence d'une affectation au sens où nous l'entendons ici, dans les clauses d'inaliénabilité affectant certains biens destinés à une œuvre particulière (cf. note 69) : v. par exemple, Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome III, *Les biens*, Paris, PUF, 1969, n^o 30, p. 101-103 ; nous nous rangeons à cette opinion fondée ; contra : Henri LE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, par R. DEKKERS, Bruxelles, Bruylant, 1952, n^o 903, p. 788.

les biens du domaine privé de l'État⁷⁴. L'affectation ne confère pas l'extra-commercialité aux biens, nonobstant l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité qu'elle leur attribue⁷⁵. La désaffectation ou le déclassement ne peut résulter que d'un décret : elle entraîne la reddition du bien au domaine privé de l'État et avec elle sa prescriptibilité et son aliénabilité. Elle consacre le retour du bien à une commercialité « civile »⁷⁶.

Cette solution héritée du droit romain se transpose au droit privé : elle vaut à l'égard des choses sacrées que leur nature retranche du commerce entre les hommes et certaines créations « prétoriennes » empruntent la même idée d'une affectation afin de faire échapper des objets au commerce juridique.

Les choses ne sont sacrées qu'en raison de leur consécration au culte ; la consécration est en quelque sorte la modalité religieuse de l'affectation administrative. Leur retour dans le commerce juridique s'opère à la faveur de leur désacralisation⁷⁷. La catégorie juridique des choses sacrées n'est pas inconnue du droit français moderne⁷⁸. Il semble toutefois que la Loi du 9 décembre 1905 ayant consacré la séparation de l'Église et de l'État, et permis la nationalisation des possessions de celle-ci, en incorporant les biens ecclésiastiques au domaine public, ait largement contribué à leur quasi-disparition positive⁷⁹. On classe généralement les sépultures parmi choses sacrées. Leur régime apparaît cependant frappé de la même ambiguïté que les objets cultuels en raison de l'existence dans la plupart des cas examinés par les tribunaux, d'une concession de domaine public sur laquelle elles se trouvent établies. Aussi serait-il téméraire de conclure que leur statut résulte de leur seul caractère sacré⁸⁰. L'unique décision qui ait, à notre connaissance, statué

74. Font partie du domaine public les biens des personnes publiques affectés à l'usage du public ou à un service public : Cass. civ. 7 nov. 1952, D 1952, p. 173 note TIXIER.

75. Cf. *supra*, note 24 ; art. 52 du *Code du Domaine*.

76. En dépit des particularismes du droit domanial : v. Cass. civ. 3^e, 28 nov. 1972, Bull. civ. n° 634, p. 467.

77. V. C. MAINZ, *Cours de droit romain*, tome I, Bruylant, Bruxelles, 1876, par. 25, p. 439, notes 20 et 21 ; B.R. 1890, *Webster v. Taylor*, 33 J. 333.

78. Les biens ecclésiastiques se divisaient couramment en choses sacrées, comprenant les vases et les ornements consacrés conformément au rite de l'Église, et les choses temporelles destinées à la subsistance des clercs : v. *Pandectes Françaises*, vol. 13, Paris, 1892, n° 22.

79. V. par exemple : Conseil d'État, 17 fév. 1932, DH 1933, 3, p. 49 ; T.G.I. ROUEN, 13 nov. 1961, GP 1962, I, p. 99.

80. Ce point est particulièrement mis en évidence dans les espèces suivantes : Cour d'appel de Lyon, 19 fév. 1856, S 1856 2, p. 307 : « D'après la loi de la concession, le tombeau de famille est un bien placé extra commercium » ; cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1958, bull. civ. I, n° 178, p. 139 : « les concessions funéraires sont hors du commerce... » ; Cour d'appel d'Amiens, 29 nov. 1960, GP 1961 I, p. 124 ; Cour d'appel de Poitiers, 3 juillet 1963, D 1964, somm. 23 ; cass. civ. 1^{re}, 23 oct. 1968, JCP 1968 II 15715, note LINDON ; cass. civ. 1^{re}, 22 fév. 1972, D 1972, p. 513 note LINDON ; cass. civ., 13 mai 1980, bull. civ. I, n° 147.

sur le régime juridique d'une sépulture sise sur un fonds privé, juge de son extra-commercialité, mais fait dépendre cette qualification — en fait cette destination sacrée — de la seule volonté de la famille « affectataire »⁸¹. En d'autres termes, celle-ci aurait pu renoncer à tout droit sur le tombeau litigieux en dénonçant explicitement son caractère sacré, en déclarant qu'il n'était plus destiné à lui servir de sépulture ou à recevoir les hommages d'un culte familial⁸². Elle l'aurait alors restitué au droit commun des biens.

Les systèmes de droit civil qui n'ont pas connu les mêmes vicissitudes historiques conservent les traces d'une affectation de droit privé qui borne l'extra-commercialité de certains objets, essentiellement des choses sacrées⁸³. Le *Code civil du Québec* énonce ainsi dans son article 2217 : « Les choses sacrées, tant que la destination n'en a pas été changée autrement que par l'empiètement souffert, ne peuvent s'acquérir par prescription ». Les choses consacrées et destinées au culte sont hors du commerce : le changement de leur destination, leur désacralisation ne peut résulter que d'un acte explicite de l'autorité religieuse compétente qui les rend au commerce juridique⁸⁴. Elles sont inaliénables et imprescriptibles, par conséquent toute aliénation consentie à défaut de désacralisation préalable est nulle de nullité absolue⁸⁵.

La jurisprudence française en deux domaines au moins, a eu recours au mécanisme de la destination ou de l'affectation pour faire échapper temporairement certains objets au commerce juridique : relativement aux œuvres d'art et aux souvenirs de famille. Un droit absolu a été reconnu à l'artiste sur son œuvre jusqu'à ce qu'il l'ait livrée au public : la divulgation la fait entrer dans le commerce⁸⁶. L'œuvre non divulguée est hors du commerce, comme encore affectée toute entière à la personne de son auteur dans l'inachèvement de son effort de création ; son accomplissement seul permettra le détachement que représente la livraison au public. Pour les souvenirs de famille, ils « ont en commun de symboliser [...] l'enracinement de la famille dans un passé

81. Cass. civ. 11 avril 1938, DH 1938, p. 321.

82. En ce sens : 1902 *Ouellette v. Gagné*, 8 R.J. 307.

83. V. L. ARIBAUT, *supra*, note 15, tome XI, n° 170, p. 148.

84. V. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1916, p. 409-410 ; L. FARIBEAULT, *supra*, note 15, tome XI, n° 170, p. 148 ; P. MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, P.U.M., 1977, p. 30 ; *Fabrique du Saint-Enfant-Jésus c. Roy* (1879) 5 Q.L.R., 327-329 ; *Curé et Marguilliers de l'Œuvre et de la Paroisse de Saint-Étienne* (1936) 74 C.S., p. 317-323.

85. En ce sens : *Fabrique de la Paroisse de l'Ange-Gardien c. Procureur-Général de la province du Québec*, *Musées Nationaux du Canada et autres*, (1980), C.S. Québec, p. 175-208.

86. Voir, note 48 ; sur l'ensemble de cette question : v. Christian ATIAS, « L'application du concept de propriété à la production artistique » dans *Actes du colloque juridique, L'information... à quel prix ?*, Montréal, C.R.D.P., 1985, p. 36-37.

auquel elle demeure attachée»⁸⁷; leur extra-commercialité généralement affirmée⁸⁸ découle de ce qu'il convient d'appeler un culte domestique. Tant qu'ils y demeurent affectés par l'ensemble de la famille, les souvenirs restent inaliénables. Vienne la désaffectation familiale que disparaît le culte et avec lui ses instruments; les souvenirs retrouvent le sort commun des biens⁸⁹.

En conclusion, le mécanisme juridique de l'affectation concilie des exigences contradictoires: tant qu'elle est affectée la chose est absolument hors du commerce mais la disparition de cette affectation l'y place de nouveau. L'affectation et, partant, l'extra-commercialité résultent de la nature de la chose; mais cette nature est elle-même la conséquence d'une destination que la personne lui confère et qu'elle est habile à modifier. L'application de ce mécanisme aux produits et aux éléments du corps humain renforcerait le pouvoir et la protection de la personne à l'égard de ses matériels biologiques, comme elle autoriserait leur circulation juridique.

2.2.2. L'affectation personnelle des produits et des éléments du corps humain

L'affectation des matériels biologiques humains s'appuie sur leur destination naturelle au corps de la personne, à sa santé, au fonctionnement de son substrat physique. La désaffectation répond à des modalités particulières.

Les produits et les éléments du corps humain appartiennent à la sphère personnelle la plus intime. Ils assurent ou ont assuré une fonction biologique qui peut, le cas échéant, se poursuivre au bénéfice d'un organisme tiers grâce à l'intervention du corps médical. Mais l'individu peut mettre fin à cette destination comme il peut considérer qu'elle se poursuit bien qu'elle ait naturellement cessé. Il reste juge de la réalité ou de la nécessité de la destination des matériels et des produits issant de lui.

Leur séparation d'avec le corps ne fait pas cesser l'affectation corporelle, non plus que la détention des éléments ou des produits entre des mains tierces; cette détention demeure essentiellement précaire et n'autorise pas, par conséquent, la passation d'actes de disposition sur ces objets de la part du

87. J.F. BARBIERI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique », (1984) I *JCP*, 3156, n° 5.

88. V. R. LINDON, *supra*, note 47, nos 400 et 405 s.

89. R. LINDON dans *Dictionnaire des droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1983, p. 229, cite le cas des correspondances historiques que possédait la famille de Chanterenne, déclarées souvenirs de famille par la Cour d'Angers dans son arrêt du 4 février 1869 (DP 1869 2, p. 139) afin d'éviter leur licitation, et vendues cent neuf ans plus tard à un négociant d'autographes.

tiers détenteur⁹⁰. Cette solution s'accorde à la logique de l'affectation qui, s'appuyant sur la destination naturelle de la chose, ne se confond pas avec elle, à moins d'en nier la dimension volontaire.

À l'inverse, les éléments artificiels tels que les prothèses reçoivent, du fait de leur incorporation, une affectation nouvelle qui les soustrait au commerce juridique, même si l'incorporation n'est pas constante⁹¹.

La désaffectation se trouve nécessairement subordonnée à l'expression d'une volonté libre et éclairée⁹². La personne doit faire savoir qu'elle n'entend plus considérer tel produit ou tel élément comme affecté. Dès lors, ces derniers tombent dans le commerce juridique et peut faire l'objet d'actes ou de conventions diverses. Dans une large mesure la désaffectation de ces matériels biologiques s'accompagne de leur dépersonnalisation. L'exemple des gamètes l'illustre bien : lorsque la personne ou le couple donneur déclarent que ces cellules sexuelles ne sont plus destinées à des fins procréatives propres, aucun lien de filiation subséquent à une naissance obtenue par leur utilisation ne saurait être établi et toute recherche aux fins d'identifier les donneurs pourrait être interdite⁹³. D'une façon identique, la découverte d'une séquence génétique brevetable dans un matériel biologique obtenu à partir d'un échantillon cédé par un patient, n'ouvre au profit de ce dernier aucun droit sur le brevet revendiquant cette séquence⁹⁴.

Mais on peut parfaitement concevoir qu'un matériel biologique rendu à la commercialité fasse l'objet d'une nouvelle affectation au bénéfice d'une personne différente, dans l'hypothèse d'une greffe ou de la réutilisation d'une prothèse.

La décision de désaffectation n'a d'effectivité, voire de réalité en droit, qu'avec l'acte juridique qu'elle aura conditionné. Aussi bien, cette décision

90. C'est-à-dire un acte qui emporte dessaisissement au profit d'un tiers ou qui a pour conséquence la destruction du matériel biologique, sauf exception tenant à l'exécution normale d'un contrat médical.

91. C'est le cas des prothèses : comparez cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 1985, bull. civ. I, n° 348, p. 313 ; A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, McGill Faculty, Wrainright Lectures, Wilson et Lafleur, 1975, n° 4.

92. Comparez : Avant-projet, *supra*, note 2, art. L 666-1 du *Code de la santé publique* et art. 20 du *Code civil québécois*.

93. En ce sens : Étude du CONSEIL D'ÉTAT, *supra*, note 2, p. 64 ; Avant-projet de Loi, *supra*, note 2, art. L 668-8 du *Code de la santé publique*.

94. Ce principe aurait pour avantage d'éviter des litiges tels que celui qu'a connu la Cour d'appel de Californie dans une espèce *Moore v. The Regents of the University of California and al.*, 21 juillet 1988, n° B 021195 ; le patient n'avait pas consenti à l'utilisation commerciale par voie de brevet des tissus qu'on lui avait prélevés dans le cadre d'un traitement anticancéreux et les juges lui ont reconnu un droit de propriété sur ceux-ci, ce qui lui permettra sans doute de revendiquer des redevances pour l'exploitation dudit brevet.

n'est-elle soumise à aucune restriction puisque le contrôle de la « licéité » ou de la conformité de la désaffectation prendra place au stade de la réalisation de l'opération juridique. L'existence de la désaffectation n'a au demeurant aucune influence sur la « licéité » ou la conformité de cette dernière. En résumé, tout acte passé sur des éléments ou sur des produits du corps humain, doit porter sur un objet dans le commerce et nécessite à ce titre leur désaffectation ; mais la désaffectation reste une condition insuffisante, si elle demeure nécessaire, à la validité de cet acte⁹⁵ ; enfin une désaffectation n'a d'effets juridiques qu'au travers de l'acte qui la réalise.

Conclusion

La catégorie des choses hors du commerce existe-t-elle encore dans notre droit positif ? On serait tenté de répondre par la négative en observant la réalité de la situation juridique actuelle des matériels et des éléments du corps humain. L'évolution nominaliste du droit contemporain contrarie la reconnaissance d'une nature des choses⁹⁶ et va à l'encontre des recommandations éthiques qui fondent le régime de ces objets sur leur origine humaine. Le droit ne peut pourtant abandonner ce fondement sans affaiblir corrélativement la protection de la personne humaine. Car comment concevoir une telle protection sans reconnaître aux objets qui s'attachent à sa sphère la plus intime un statut différent ? Concomitamment, le droit ne peut ignorer la métamorphose que ces objets subissent lorsqu'ils sont entraînés hors de cette intimité pour constituer de la simple matière première vivante, anonyme et impersonnelle, toute entière livrée à la science ou à la technique. Si nos sociétés ne connaissent plus le tabou d'exploiter et de modifier le vivant, elles doivent au moins respecter le caractère sacré de la personne et des objets par lesquels elle se manifeste à la communauté des hommes.

L'intérêt du mécanisme de l'affectation dans cette hypothèse est double : il restitue son intégrité à une catégorie juridique que l'évolution récente du droit positif menace de disparition, en fondant le critère de l'extra-commercialité. Il assure une protection minimale de la personne humaine en affirmant la nature particulière de son enveloppe corporelle et en requérant dans tous les cas l'expression de sa volonté, sans pour autant l'exposer au danger de ses

95. Une convention peut être parfaitement immorale quand elle porterait sur une chose dans le commerce ; à l'inverse si tout acte est prohibé sur telle chose, elle est alors nécessairement hors du commerce, rendant toute désaffectation impossible.

96. Le nominalisme appréhende la réalité au singulier, il est une logique du type extensionniste : v. H.D. GARDEIL, *Initiation à la philosophie de saint Thomas d'Aquin*, tome I, Paris, Le Cerf, 1964, p. 64 ; sur l'évolution nominaliste du droit : v. Pascal DIENER, « idée nominaliste et déconstruction du droit », (1983) *Archives de la Philosophie du Droit*, p. 236.

propres excès. Ce mécanisme juridique ne mériterait-il pas d'être étendu à d'autres hypothèses afin de constituer un critère essentiel de la catégorie des choses hors du commerce? Le discours juridique retrouverait ainsi sa cohérence.