

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole

Présentée et soutenue par
Jennifer EXBRAYAT

Le 7 décembre 2018

La contractualisation en droit des personnes

Ecole doctorale : **Droit et Science Politique**

Spécialité : **Droit - EDSJP Toulouse**

Unité de recherche :
CDA - Centre de Droit des Affaires

Thèse dirigée par
Julien THERON

Jury

M. François CHÉNEDÉ, Rapporteur
M. Hervé LÉCUYER, Rapporteur
Mme Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON, Examineur
M. Matthieu POUMARÈDE, Examineur
Mme Sandrine TISSEYRE, Examineur
M. Julien THERON, Directeur de thèse

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

LA CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé
par

JENNIFER EXBRAYAT

JURY

Rapporteur : **M. François CHÉNEDÉ**

Professeur à l'Université Lyon 3

Rapporteur : **M. Hervé LÉCUYER**

Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

Membre : **Mme Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON**

Professeur à l'université Paris 2 Panthéon Assas

Membre : **M. Matthieu POUMARÈDE**

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Membre : **Mme Sandrine TISSEYRE**

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Directeur de recherche : **M. Julien THERON**

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

L'université de Toulouse n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À ma mère pour son éternel soutien et qui a fait de moi la personne que je suis devenue.

À mon époux et mes grands-parents pour leur patience et leur aide indéfectibles.

Mes remerciements vont enfin à mon directeur de thèse pour la confiance qu'il m'a accordée, et pour les nombreux et riches conseils qu'il a su me dispenser. Je sais aujourd'hui, à l'aune de son accompagnement et de son soutien constants, que la thèse n'est pas qu'un travail solitaire, et je lui en suis infiniment reconnaissante.

LA CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES

Résumé

La contractualisation en droit des personnes est un phénomène complexe dont l'appréhension s'avère particulièrement délicate tant l'antinomie entre le contrat et le droit des personnes semble manifeste. Pourtant, une analyse approfondie de celui-ci révèle au contraire qu'il n'est pas qu'une douce illusion, une utopie, mais qu'il est au contraire une réalité dynamique et croissante.

La contractualisation entraîne tout d'abord dans son sillage une promotion effrénée du rôle des volontés individuelles, le droit imposé ayant progressivement régressé, à tout le moins dans ses formes traditionnelles, parallèlement à l'émergence du droit négocié. Mais elle caractérise au-delà la nécessaire interaction entre les volontés subjectives et les éléments objectifs invitant à une analyse renouvelée des termes du principe de l'autonomie de la volonté et révélant au-delà la réalité contractuelle des accords.

La contractualisation en droit des personnes témoigne ensuite d'une coloration anthropocentriste dès lors que le principe de dignité humaine ressort comme le vecteur transcendantal à l'aune duquel le droit objectif influe sur la dynamique contractuelle dans ce pan juridique. Il est en effet négativement le socle sur lequel s'érigent les limites opposées aux volontés individuelles afin que les principes supérieurs du droit des personnes ne soient jamais contredits, et positivement un référentiel pourvoyeur de droits en faveur du contractant vulnérable. Une telle mobilisation, irrésistible, de la dignité par le droit objectif paraît nécessairement imposer un développement des contrats en droit des personnes en marge du droit commun. Cette étude doit pourtant parvenir à la démonstration contraire, dès lors qu'aucun schisme avec le régime général n'est avéré.

Mots-clés

Contrat – Droit des personnes – Théorie générale – Vulnérabilité contractuelle – Inégalité contractuelle - Dignité de la personne humaine – Régime juridique

THE CONTRACTUALIZATION IN PERSON LAW

The contractualization in person law is a complex phenomenon which can be tough to apprehend. It would be stereotypical to point out the apparent opposition between contracts and person law, as if the very existence of the phenomenon would seem, at first glance, necessarily out of the question. However, further analysis reveals that, on the contrary, the contractualization is not a sweet illusion, an utopia, but actually a dynamic and growing truth.

Firstly, it is interesting to underline the increasing promotion of the role of free will in person law showing that the concept of 'imposed right' has gradually decreased, at least in its traditional aspects, leaving in its wake the emergence of 'negotiated rights'. Therefore, it is the observation of the existence of a necessary heteronomous interference in the field of agreements which has to be led, inventing in a new analysis of the common sense that can be seen in the principle of free will. Thus, the study of the phenomenon of contractualization leads one to further pursue the analysis of the terms of the principle of free will, revealing beyond that the agreements are legally enforceable, contracts.

Second, it's the study of the anthropocentrism of the contractualization which must be purchased. In this regard, the use of the principle of respect of human dignity must be highlighted, due to its tendency negatively, to show itself as an obstacle to contractual wishes, and then, positively, it appears like a provider of rights in favor of the vulnerable contractor, in accordance with general scheme.

Key-words

Contracts – Person law – General theory – Disadvantaged party – Dignity of human person - Legal regim.

SOMMAIRE

RÉSUMÉ.....	p. 7
SOMMAIRE.....	p. 9
ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES.....	p. 11
INTRODUCTION.....	p. 15
PARTIE I. L'AMBIVALENCE DU PHÉNOMÈNE DE CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES.....	p. 39
TITRE I. LA PROMOTION DES ACCORDS DE VOLONTÉS.....	p. 43
CHAPITRE I. LES SOURCES ÉPISTÉMOLOGIQUES.....	p. 45
CHAPITRE II. LA PORTÉE PRATIQUE DU DÉVELOPPEMENT DES VOLONTÉS INDIVIDUELLES.....	p. 69
TITRE II. L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DES ACCORDS DE VOLONTÉS.....	p. 105
CHAPITRE I. LES SOUBASSEMENTS DE L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL...p.	109
CHAPITRE II. LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL SUR LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES ACCORDS DE VOLONTÉS.....	p. 145
PARTIE II. L'ANTHROPOCENTRISME DU PHÉNOMÈNE DE CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES.....	p. 189
TITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : OBSTACLE AUX VOLONTÉS CONTRACTUELLES.....	p. 191
CHAPITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE IMPÉRATIF.....	p. 193
CHAPITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE PROHIBITIF.....	p. 227
TITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES VOLONTÉS CONTRACTUELLES...p.	265
CHAPITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DE LA FORMATION DES CONTRATS.....	p. 269
CHAPITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES EFFETS DES CONTRATS.....	p. 295
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	p. 337
BIBLIOGRAPHIE.....	p. 343
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	p. 399
TABLE DES MATIÈRES.....	p. 405

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

act.	Actualités
<i>adde</i>	Ajouter
AJ	Actualités juridiques
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
anc.	Ancien
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass.	Assemblée du Conseil d'État
Ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice des communautés européennes
coll.	Collection
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparez avec
concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	Opinion ou solution contraire
<i>Contrats, conc. consom.</i>	Revue Lexis-Nexis Contrats-Concurrence-Consommation
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSP	Code de la santé publique
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
<i>Defrénois,</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>D.H.</i>	Dalloz hebdomadaire
<i>D.P.</i>	Recueil périodique et critique Dalloz
dir.	Sous la direction de
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et patr.</i>	Revue Lamy droit et patrimoine
<i>éd.</i>	Édition
ex.	Exemple

Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>Ibid. Ibidem,</i>	Au même endroit
in	Dans
<i>In fine</i>	À la fin
<i>Infra</i>	Plus bas
IR	Informations rapides
<i>J.-Cl.</i>	Encyclopédie Juris-Classeur
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique, éditions entreprises et affaires
<i>JCP G</i>	Juris-classeur périodique, édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-classeur périodique, édition notariale et immobilière
<i>JDI</i>	Journal de droit international « Clunet »
JO	Journal officiel de la République française
<i>Journ. not.</i>	Journal des notaires et des avocats
<i>Journ sociétés</i>	Journal spécial des sociétés
Jurisp.	Jurisprudence
<i>loc. cit. Loco citato,</i>	A l'endroit cité
<i>LPA</i>	Les petites affiches
màj	Mise à jour
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>Op. cit. Opere citato,</i>	Dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
pan.	Panorama
préc.	Précité
Préf.	Préface
rapp.	Rapport
rappr.	À rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire commercial Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. soc.</i>	Revue de droit social
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RIDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Sirey (recueil)
s.	Suivant (s)
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Plus haut
t.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
V°	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Là où se trouve la volonté, là aussi est la liberté ».

Saint Bernard de Clairvaux.¹

1. Contrat – personne : une rencontre impossible ? Le droit des personnes touche à l'humanité de près. Ainsi teinté d'une coloration intrinsèquement personnaliste, celui-ci demeure, a priori, hors d'emprise du contrat, tant la personne et l'acte contractuel sont traditionnellement appréhendés comme deux pôles antinomiques à la polarité strictement opposée. Il existe en effet un antagonisme structurel entre les deux. Le premier relève de l'être et est doté de sensibilité, le second se rattache à l'avoir et en est dépourvu². Aussi peut-il paraître déroutant, à première vue, de relever la référence croissante faite, au sein des travaux juridiques, au phénomène de contractualisation³ qui atteindrait ce champ disciplinaire. Nul besoin en effet

¹. SAINT BERNARD DE CLAIRVAUX, De la grâce et du libre arbitre, § 2-6, in *Œuvres choisies*, t. I, trad. M.-M. DAVY, Aubier, 1945, p. 268-272.

². De l'époque romaine notre droit a hérité d'une *summa divisio*, opposant d'un côté les personnes, et de l'autre, les choses. Cette bipartition du monde juridique a acquis une valeur dogmatique, et ne saurait être transgressée. V° notamment sur cette question, J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Ed. Seuil, 1993, p. 10 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, p. 2 et n°4 ; A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Coll. Essais, 2009, p. 59.

³. Le phénomène de contractualisation du droit, qu'il convient de ne pas assimiler à un mouvement contractualiste, a particulièrement bien été analysé par Alain Supiot : A. SUPIOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 142. « Dans le langage des juristes français contemporains, le terme « contractualisation » est employé pour décrire un certain nombre de techniques qui font appel au contrat là où prévalent à un moment donné d'autres formes juridiques » : É. SERVERIN, Lectures socio-juridiques sur l'État et le contrat, in *Approche critique de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, LGDJ, 2007, pp. 95-96. L'auteur ajoute que l'on « parle de contractualisation de manière métaphorique, pour emprunter au contrat l'idée d'un engagement sur un objet, sans en avoir la portée juridique ».

Pour une étude globale du phénomène de contractualisation, voir notamment D. FENOUILLET, La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), LGDJ, 2004, p.103 ; et sous la même direction, *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007 ; *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), Economica, 2001 ; C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Thèse, Paris I, 2001, Ph. DELEBECQUE (dir.) ; N. DUVOUX, La contractualisation du droit social ou la citoyenneté à l'épreuve des transformations de l'État social, in *État et régulation sociale. Comment penser*

d'étroffer exagérément les termes de la bipartition, au risque de tomber dans une description prolixe, pour entrepercevoir que leur imbrication croissante constitue un enjeu redoutable pour le droit⁴ et la personne humaine. Il est en effet une constante sans cesse croissante : en dépit des tensions dialectiques et substantielles entre les deux versants de la *summa divisio*, les accords de volontés en droit des personnes ont cette particularité singulière de les unir. Or, même les plus thuriféraires de l'individualisme juridique admettent aisément que la personne doit demeurer axiologiquement au-dessus des choses. Il est indéniable qu'un processus de réification entraînerait inéluctablement une dégradation humaine irréversible. Aussi l'exaltation triomphaliste de l'incommensurabilité de la personne doit-elle être entretenue, sans cesse avec ardeur. Il importe ainsi que le droit maintienne en toutes hypothèses – et ce n'est pas une mince besogne - la personne hors du monde des choses, tant les poussées techniques, scientifiques et biotechnologiques tendent justement à l'attirer sans cesse davantage vers celui-ci. Cette remarque ne vise toutefois pas à suggérer qu'aucun accord de volontés ne puisse avoir prise sur la personne humaine, mais bien que ceux-ci ne doivent emporter aucune atteinte à sa dignité. Néanmoins ces conventions nouvelles caractérisent-elles pour autant réellement un phénomène de contractualisation ?

Selon l'acception la plus communément admise, la contractualisation s'entendrait de l'apparition d'un ordre juridique nouveau qui émergerait uniquement d'engagements librement consentis par des individus autonomes⁵, faisant ainsi référence à « *un contrat conquérant* »⁶. Cependant, en dépit de l'importance des recherches déjà accomplies, aucun accord global ne s'est réalisé sur la notion même⁷. Or, l'absence de consensus doctrinal sur la portée de ce phénomène constitue le premier obstacle de taille qu'il conviendra de franchir. Il est vrai que les notions sont nombreuses, que des points de friction émergent dans le sillage des sensibilités

la cohérence de l'action publique ?, Colloque international, Équipe Matisse, 2006 ; R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2012.

4. V° notamment, B. EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, 1998.

5. N. POSTEL, *Contrat, coercition et institution : un regard d'économiste*, in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit., p. 92. Adde A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 2012, n°10, où l'auteure constate que le droit des personnes « *est indiscutablement moins rigide, plus souple qu'autrefois.* » Elle ajoute également que « *les compromis se multiplient ; on ne peut plus dire comme autrefois qu'il constitue un droit entièrement d'ordre public* ».

6. M. GRIMALDI, *Succession et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, préc., p. 197.

7. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, faisant référence à A. JEAMMAUD, *Introduction à la sémantique de la régulation des concepts en jeu*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. Droit et société, Recherches et travaux, Paris, 1998, p.12 Néanmoins, ce phénomène traduirait l'émergence d'un « *ordre juridique qui émergerait uniquement d'engagements librement consentis par des individus autonomes* » : N. POSTEL, *Contrat, coercition et institution : un regard d'économiste*, op. cit., p. 92.

philosophiques et morales de chacun des commentateurs, les discordances étant d'autant plus diverses et radicales. Aussi n'y-a-t-il rien d'hérétique à admettre qu'un certain vertige puisse légitimement envahir tout observateur qui entreprend de se confronter à l'étude de la contractualisation en droit des personnes.

2. La nécessaire définition des termes du sujet. Aussi conviendra-t-il de s'attacher, même si cela doit être laborieux, à constituer un raisonnement le plus élaboré possible afin d'appréhender avec justesse la réalité du phénomène. Or pour ce faire, il ne saurait être fait économie d'une approche exhaustive des concepts centraux de l'étude, afin d'en apprécier la consistance, la portée et l'usage qui en est fait. En somme, toute réflexion attentive du phénomène de contractualisation passe nécessairement par un processus d'analyse et de définition. Aussi implique-t-elle de se référer aux fondements philosophiques et historiques des notions clés pour ensuite, par le prisme du droit en vigueur et de la jurisprudence, mettre en évidence les écueils et contradictions éventuels. Il est évident que la rationalité de l'étude impose de s'extraire de toute approche prédictive, pour demeurer le plus possible fidèle au droit positif. Là réside sans doute l'une des principales difficultés tant la combinaison des termes du sujet, si elle semble pouvoir se révéler riche en manifestations, s'avère avant tout source de problématiques multiples et hétérogènes au regard de l'usage sémantique, parfois contradictoire, qu'il peut être fait des notions du présent sujet. Plus précisément, c'est tout d'abord la contractualisation et le contrat⁸ qui sont l'un et l'autre sujets à la discussion : « à la diversité des phénomènes qui se cachent sous le premier terme répond l'incertitude extrême qui affecte le second »⁹. Mais le flou ne s'estompe point ici puisque la notion de personne fait également débat en doctrine. Or, le premier réflexe à acquérir lors de toute étude juridique n'est autre que la définition des termes de l'étude, prémises de « *l'art de persuader* »¹⁰.

⁸. Pour certains auteurs, le contrat est un accord de volontés auquel le droit objectif fait produire des effets juridiques, à la condition qu'il soit juste et utile. V° en ce sens, J. GHESTIN, V° « Contrat », in *Dictionnaire de culture juridique*, D. ALLAND et ST. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 2003. Pour d'autres, la volonté contractuelle est secondaire et n'aurait rien de psychologique. La volonté juridique de contracter ne serait que « *l'expression d'un intérêt* » : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. dactyl., Paris, R. RODIÈRE (dir.), 1965, n° 172. Elle constituerait « *la représentation individuelle d'un intérêt, arbitré (de l'extérieur) par le droit* » : Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, CHABAS (F.) préf., Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, n° 194. Dans la continuité et selon une définition objective, le contrat serait une norme : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^e éd., 1999, spéc. p. 197.

⁹. P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), LGDJ, 2007, p. 18.

¹⁰. « *Cet art que j'appelle l'art de persuader, et qui n'est proprement que la conduite des preuves méthodiques parfaites consiste en trois parties essentielles : à définir les termes dont on doit se servir par des définitions claires ; à proposer des principes ou axiomes évidents pour prouver la chose dont il s'agit ; et à substituer toujours*

I. LE « DROIT DES PERSONNES »

3. Une perspective duale. Doit donc tout d'abord être défini ce qu'est le droit des personnes. À cet égard, la délimitation du champ de l'étude par une analyse endogène de ce pan juridique (A) doit précéder la détermination des influences exogènes auxquelles il se trouve confronté (B).

A. Approche endogène

4. La délimitation *rationae materiae*. S'agissant tout d'abord de la délimitation *rationae materiae* du droit des personnes, l'étude se limite aux seules personnes physiques, celles morales devant être exclues de l'analyse. Il est vrai que si la personne physique paraît réfractaire à l'emprise contractuelle, la personne morale dépend quant à elle toujours d'un contrat. En somme, seuls les actes portant sur les individus, sujets de droit et êtres charnels, doivent être étudiés, non ceux portant sur les sociétés jouissant de la personnalité juridique¹¹. Mais qu'est précisément une personne physique ? De l'anthropogénèse à la réalité charnelle de la personne, en passant par la personne juridique, le chemin est sinueux. Initialement, le droit n'avait qu'une vision abstraite et désincarnée de la personne, et les rédacteurs du Code Napoléon n'ont par ailleurs nullement comblé cette lacune. Autrement dit, longtemps la personne ne fut perçue que dans sa seule dimension juridique¹². Il aura fallu attendre que les progrès de la science révèlent aux yeux des juristes sa réalité charnelle, entraînant dans leur sillage une acception davantage concrète de celle-ci. Le parachèvement formel de cette

mentalement dans la démonstration les définitions à la place des définis » : B. PASCAL, *Pensées*, in J. A. C. BUCHON, *Choix des moralistes français avec notices bibliographiques*, Ed. Auguste Desrez, 1838, p. 322.

¹¹. Sur la nécessité de distinguer la personne physique de la personne morale, v° notamment, R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, *RTD civ*, 1909, p. 611 et s. ; R. NERSON, De la protection de la personnalité en droit privé français, in *La protection de la personnalité*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées de Madrid, 4-10 juin 1959, Dalloz, T. XIII, p. 60 et s. ; R. SAVATIER, Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, in *Mélanges en hommage à Victor GOTHOT*, Faculté de droit de Liège, 1962, p. 567 et s., spéc. p. 576 ; J. MESTRE, La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, *JCP* 1974, I, 2623, n°4 ; R. MARTIN, Personne et sujet de droit, *RTD civ*, 1981, p. 785, et du même auteur, Personne, corps et volonté, *D*, 2000, chron. p. 505 et s. ; M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Paradigme droit, Coll. Thèse, 2005, p. 1.

¹². V° notamment sur ce point, J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée*, préc., p. 11 et p. 59 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, Les incapacités - La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, spéc. n° 1 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, préc., n° 1, où l'auteur relève que « la notion juridique de personne s'est dégagée progressivement au cours des siècles. Elle est intimement liée à celle d'aptitude à être titulaire de droits ».

découverte résulte de l'insertion dans le Code civil, par l'effet des lois bioéthiques de 1994¹³, de l'article 16 prévoyant que le corps humain de la personne est inviolable, et qu'il ne saurait souffrir d'une quelconque patrimonialisation. Aussi la personne est-elle désormais également appréhendée dans sa dimension physique. Sans doute la référence introduite à la « personne humaine » fait-elle écho à cette dimension nouvelle. En somme, alors que la personne juridique renvoie à l'individu pris en sa qualité de sujet de droit¹⁴, celle humaine implique que la personne s'entende également corps et âme. Or, la concrétisation physique et morale de la personne se parachève par la reconnaissance formelle d'attributs extrapatrimoniaux et d'éléments d'individuation, tels l'image, la voix, le nom, ou encore le droit moral de l'auteur. Aussi l'ensemble des accords de volontés portant sur ceux-ci doivent-ils être intégrés dans le champ de la présente étude. Par ailleurs, il importe de relever que certains d'entre eux sont aujourd'hui également appréhendés comme des données personnelles. Il est vrai que la personne peut en effet céder, sous certaines conditions et limites, certains éléments d'identification par l'effet d'un accord de volontés. Or, elle dispose alors, dans le rapport interpersonnel qui l'oppose au professionnel en cause, de la qualité de consommateur¹⁵ et doit être protégée à ce titre. Sans doute une telle orientation aurait-elle pu conduire à l'exclusion du champ de la présente analyse des données personnelles¹⁶. Néanmoins le parti pris a été celui de l'éviction des seules données personnelles ne constituant pas des éléments d'individuation de la personne, telle son adresse I.P. En revanche, seront ici appréhendées les données personnelles constituées notamment du nom, des empreintes ou de l'image de la personne en ce qu'elles reflètent la singularité même de l'individu.

Le droit des personnes apparaît ainsi comme un champ juridique tout entier orienté vers l'individu considéré en toutes ses dimensions, concrète et abstraite, et régissant l'individualisation de la personne et de son statut. À cet égard, il doit se distinguer du droit de la famille lequel, s'il se concentre également autour des individus, les replace en revanche dans une dimension collective intimement liée à la parenté ou la filiation entre les différents

¹³. Loi n° 94-654 du 29 juil. 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, J.O. 30 juil., n° 175, p. 11060 ; Loi n° 94-653 du 29 juil. 1994 relative au respect du corps humain, J.O. 30 juil., n° 175, p. 11056.

¹⁴. Il convient de noter qu'à l'époque romaine, toutes les personnes n'étaient pas des sujets de droit. L'esclave était ainsi perçu comme un simple objet de droit. V° notamment sur ce point, B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, Lexis Nexis, 15^{ème} éd., 2013, p. 3, n°2.

¹⁵. Tel est le cas des utilisateurs de site internet, de réseaux sociaux, la collecte des données intervenant bien souvent dans le cadre d'une prospection commerciale.

¹⁶. Tel est le cas notamment de l'adresse IP de la personne, de sa géolocalisation, de son numéro de téléphone.

membres. Certes, la proximité de ces deux champs disciplinaires ne peut être raisonnablement niée, et le parti pris aurait pu être celui d'une étude globale de la contractualisation en droit des personnes et en droit de la famille. Toutefois, tant par pédagogie que par pragmatisme, le choix a été celui d'une dissociation de ces deux pans juridiques. Le droit des personnes est en effet celui où l'individu est placé au cœur même de cette construction juridique, alors qu'en droit de la famille l'accent est davantage mis sur les rapports interindividuels inhérents au cercle familial.

5. La délimitation *rationae temporis*. *Rationae temporis* ensuite, l'étude de la contractualisation en droit des personnes justifie que soit analysée l'évolution historique que celle-ci a empruntée pour s'arrêter ensuite au droit positif. Il est évident que l'idée même de contractualisation renvoie à un mouvement, c'est-à-dire un processus antistatique et nécessairement extensif. Or, évoquer un tel phénomène, c'est admettre implicitement qu'à un temps donné, le contrat ne pouvait prospérer, mais qu'une telle perspective a ensuite été inversée. Si les prémisses ne sont toutefois pas aussi tranchées qu'elles ne pourraient le paraître, il semble bien pourtant qu'elles puissent être ancrées dans l'émergence du post-modernisme et de l'hyper-individualisme qu'il a vu prospérer consécutivement au déclin de l'autorité de la contrainte verticale.

6. La délimitation *rationae loci*. Enfin, le droit des personnes voisine aisément avec l'acception étatique même de la personne humaine et de son statut. Or, il est évident que les sensibilités propres à chaque État font obstacle à toute harmonisation globale. Aussi, faute de convergences supranationales, les législations respectives peuvent parfois apparaître antinomiques et inconciliables, ce qui est à l'évidence une source intarissable de problématiques pour le droit contemporain interne, comme l'illustre par exemple le droit de la filiation qui ne cesse de se dissoudre « *en chapelles contradictoires* »¹⁷.

B. Approche exogène du droit des personnes.

7. L'influence de la révolution scientifique. Le droit des personnes révèle ainsi un dynamisme croissant, tant il est vrai qu'il subit depuis plusieurs décennies des mutations

¹⁷. J. HAUSER, La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques, in *La liberté de la personne sur son corps*, P. MUZNY (dir.), 2010, p. 102.

profondes, parfois radicales, induites par son environnement extra-juridique. La post-modernité entraîne en effet dans son sillage un déploiement frénétique de l'hyper-individualisme, lequel, conjugué aux progrès scientifiques et aux besoins médicaux contemporains, a induit une promotion du pouvoir des volontés dans ce champ disciplinaire.

8. L'interférence croissante avec le droit des biens. C'est ainsi son environnement juridique qui s'en trouve bouleversé. Plus précisément, l'influence ancienne du droit naturel et de la théologie tend à décliner, là où celle du droit européen croît exponentiellement. En outre, alors que le droit des personnes était jusque-là parfaitement étanche au droit des biens, le droit positif révèle au contraire un phénomène croissant de patrimonialisation¹⁸ des attributs extrapatrimoniaux de la personne, aujourd'hui largement admis par la doctrine¹⁹ et la jurisprudence²⁰, ceux-ci pouvant constituer en toute licéité la matière d'une convention, le cas échéant, à titre onéreux. Encore qu'il s'agisse ici d'un droit des biens nécessairement spécial car à l'évidence ils ne sauraient être assimilés aux autres choses. Plus précisément, alors qu'ils reflètent la singularité sociale, physique et humaine de la personne, ils ne sauraient être appréhendés comme de simples objets soumis au droit de propriété, de sorte que leur disposition est nécessairement régie par des règles spéciales. La personne est en effet réfractaire aux actes portant atteinte à sa dignité, et elle doit nécessairement le demeurer. Aussi, si certaines conventions sont à l'évidence tolérées, elles ne sauraient être soumises au pouvoir des libertés autonomes des individus, sauf à courir le risque insupportable que cette impérieuse exigence soit contredite. Celle-ci étant d'ordre public comme Josserand²¹ a pu très heureusement l'affirmer, elle induit indubitablement une certaine maîtrise objective du contenu des accords de volontés. Mais constater une telle interférence entre les éléments objectifs et subjectifs n'est-ce pas devoir d'emblée exclure toute qualification contractuelle ? N'est-ce pas là le socle même du volontarisme ? En somme, est-il vraiment légitime d'évoquer un phénomène de contractualisation ? Plus précisément, alors que le droit des personnes, hier dominé par l'ordre public de direction, apparaît ainsi aujourd'hui comme un terrain fertile pour l'expansion du

^{18.} V° notamment, Th. REVET, L'image de la personne est un bien, *RTD civ.* 2009. 342 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacités – Protection*, Précis Dalloz, Droit privé, 8^{ème} éd., 2012, n° 06, p. 5.

^{19.} É. GAILLARD, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, *D.* 1985, chron. p. 129.

^{20.} V° notamment s'agissant du droit à l'image, CA Versailles, 22 septembre 2005, *SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Sté Universal Music et autres*, *Légipresse* 2007, n° 232, III, p. 109

^{21.} L'auteur soutenait ainsi que l'intégrité de la personne, tant physique que morale, ainsi que sa dignité, sont d'ordre public : L. JOSSERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, *D. H.* 1932, p. 1 et s.

pouvoir des volontés, celles-ci s'inscrivent-elles cependant dans un contrat ? La réponse est cruciale puisque de celle-ci dépend la réalité même du phénomène de contractualisation. Or, à l'évidence, la définition de cette dernière notion constitue le préalable nécessaire à toute tentative d'éclaircissement.

II. LA « CONTRACTUALISATION »

9. Une consistance incertaine. Si beaucoup d'auteurs ont constaté l'émergence et l'accroissement d'un phénomène de contractualisation du droit, quel sens convient-il précisément de donner à celui-ci ? Est-ce celui d'un passage des statuts au contrat, tel que prophétisé par Henry Sumner Maine, ou n'est-ce que l'une des phases du mouvement de balancier inhérent au binôme loi-contrat ? Traditionnellement, le terme contractualisation est employé, soit pour référer à l'extension du contrat et au recul corrélatif de la loi, soit plus abstraitement, pour évoquer le déploiement de la seule rhétorique contractuelle. Si dans la première hypothèse le contrat de droit commun émerge, il en est autrement dans la seconde, le terme contractualisation ressortant alors ici comme purement « *métaphorique* »²². Telle est la perspective empruntée s'agissant du contrat de responsabilité parentale ou encore du plan d'aide de retour à l'emploi, ceux-ci étant bien plus perçus comme des contrats « *pédagogiques* »²³. En somme, la vitalité de l'usage de la notion de contrat ne serait-elle, *in fine*, que terminologique, ou au contraire se révèle-t-elle bel et bien structurelle ? Tout dépend là aussi de la définition que les observateurs retiennent de la notion de contrat. Tout est donc une question de sensibilité, de degrés.

²². É. SERVERIN, Introduction – Contexte et implicite de l'emploi du terme « contractualisation », in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 96.

²³. Sur ceux-ci, v° notamment J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du contrat pédagogique, in *Repenser le contrat*, M. XIFARAS et G. LEWCOWICZ (dir.), Dalloz, Méthodes du droit, 2009, pp. 294-308.

III. LE « CONTRAT »

10. La distinction contrat-convention. Il est vrai que la notion de contrat alimente la joute académique depuis longtemps déjà, son sens exact étant d'autant plus difficilement décelable qu'une grande « *confusion sémantique*²⁴ » l'entoure. Mais tout d'abord, de quel contrat²⁵ s'agit-il ? « *Quel objet, quel être, associe-t-on à ce signe ? Désigne-t-on toujours la même réalité, s'agit-il toujours du même concept ?* »²⁶ De l'absence de consensus²⁷ résulte un problème d'appréhension globale du mécanisme contractuel. Les différents auteurs n'ont en effet pas tous la même image en tête de sorte que « *la notion de contrat, contrairement à certaines croyances, n'est pas une et indubitable* »²⁸. Un des exemples les plus topiques innervant ce flou juridique réside dans la distinction ou l'assimilation du contrat à la convention. Plus précisément, lorsque les auteurs s'attachent à définir l'origine sémantique du mot contrat, certains se réfèrent à la notion de convention, dont le contrat ne serait qu'une espèce du genre²⁹, tandis que d'autres les assimilent en revanche, les plaçant ainsi sur un même pied d'égalité.

S'agissant précisément de la convention, elle tire son origine du latin *conventio*, dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où la notion d'accord sur laquelle elle repose. Aussi désigne-t-elle tout accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque³⁰. Le contrat quant à lui est perçu d'une manière identique à

²⁴. G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, Introduction, Repenser le contrat. Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles, in *Repenser le contrat*, G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), Dalloz, Méthodes du Droit, 2009, p. 2.

²⁵. L'origine du mot contrat vient du latin *contractus*, lui-même dérivé de *contrahere*, et signifiant rassembler, réunir, conclure : G. CORNU, Contrat, in *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF, Coll. Quadrige, Dicos Poche, 2011, p. 257.

²⁶. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. dactyl. préc., Paris, R. RODIÈRE (dir.), p. 344.

²⁷. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., p. 1, n°1. Certains auteurs ont ainsi évoqué le « *destin tourmenté* » de cette notion. V° G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. op. cit., p. 6.

²⁸. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. dactyl. Paris, R. RODIÈRE (dir.), op. cit., p. 49.

²⁹. Autrement dit, si tout contrat est une convention, toute convention n'est pas un contrat. La convention n'est pas seulement génératrice « *de droits et d'obligations* », mais peut également « *affecter d'une façon quelconque un rapport d'obligation...* » : G. ROUHETTE, *ibid*, p. 41. V° également, M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, Paradigme, 2009-2010, n°234, selon qui « *le contrat est donc une convention qui crée des obligations, par oppositions aux conventions qui modifient (les novations), transmettent (les cessions de créance) ou éteignent (les remises de dette) des obligations* ».

³⁰. J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147.

l'exception toutefois qu'il emporte précisément la création, le transfert ou l'extinction d'effets de droit spécifiques : des obligations³¹. Néanmoins, dans une approche globale du phénomène de contractualisation en droit des personnes, et rejetant toute vision réductrice du contrat, il semble opportun, comme d'aucuns en conviennent par ailleurs aisément, de ne pas distinguer entre « *contrat stricto sensu – générateur d'obligations – et convention – productrice d'effets juridiques autres que des obligations au sens strict* »³². Il est vrai que la distinction entre les deux mécanismes demeure totalement ignorée des rédacteurs du Code civil,³³ certains auteurs ne lui reconnaissant ainsi qu'une utilité limitée³⁴, voire artificielle. Par ailleurs, certains accords de volontés dont la qualification contractuelle n'est nullement contestée, ne comportent aucune obligation. N'est-ce pas en effet l'hypothèse de la cession de créance ? Nul n'en disconvient sans doute. Enfin, l'étude du phénomène de contractualisation en droit des personnes doit contribuer à éclairer la théorie générale³⁵ du contrat. Or, le rôle principal de celle-ci ne saurait se limiter à l'étude du régime de droit commun, puisqu' « *il est aussi de fournir un modèle conceptuel transcendant les différentes branches, et qui permettrait de reconnaître le genre « contrat » au-delà de ses différentes espèces soumises à des réglementations différentes* »³⁶. Une telle approche semble ainsi pouvoir contribuer à la révélation du « *noyau dur* »³⁷, de l'épicentre contractuel.

11. La distinction contrat-acte juridique unilatéral. Si le contrat se distingue ainsi, traditionnellement, de la convention, il doit également l'être de l'acte juridique unilatéral³⁸. Tandis que le premier est le lieu de rencontre d'intérêts contradictoires, le second quant à lui « *exprime l'intérêt d'une partie unique* »³⁹. En outre, les contrats s'opposent aux actes

³¹. C'est ainsi que l'article 1101 du code civil présente le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

³². P. ANCEL, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *Approche renouvelée de la contractualisation, préc.*, p. 23 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2010, p. 16. – Contra, R. LOIR, *Les conventions non créatrices d'obligations*, Thèse Lille 2, Ch. JAMIN (dir.), 2007.

³³. V° en ce sens les dispositions de l'article 1101 ancien du Code civil.

³⁴. P. ANCEL, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *Approche renouvelée de la contractualisation, ibid.*

³⁵. Une telle théorie n'existait pas à l'époque romaine, où n'existaient que « *des contrats singuliers* ». Sur ce point, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. préc., p. 333.

³⁶. P. ANCEL, *ibid.*

³⁷. P. ANCEL, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *Approche renouvelée de la contractualisation, op. cit.*, p. 24.

³⁸. L'un des exemples les plus topiques de cette catégorie juridique est le testament.

³⁹. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. *op. cit.*, p. 39.

unilatéraux en ce que l'effet juridique de ces derniers ne résulte pas d'un accord de volontés, mais du consentement d'une seule personne, celle qui s'engage⁴⁰.

12. La référence commune au contrat du Code civil. De ces distinctions résultent que le contrat apparaît comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »⁴¹, ou plus largement emporter la création d'un effet de droit. Pour les civilistes, « *la tendance naturelle sera de se référer (...) au contrat de droit commun tel qu'il est régi par les articles 1101 et suivants du Code civil* »⁴². Il convient de noter que cette approche traditionnelle est largement fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté⁴³, cette théorie volontariste étant construite sur la croyance en la liberté naturelle de l'homme⁴⁴ et sa nécessaire adéquation avec les intérêts légitimes des contractants. Fruit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique de la fin du XVIIIème siècle, l'idée selon laquelle le contrat est exclusivement fondé sur la volonté individuelle et le principe de liberté n'a cependant pas été reprise expressément par les auteurs du Code Napoléonien⁴⁵. Cette théorie a par ailleurs connu depuis son avènement de profondes

⁴⁰. M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, Paradigme, 2009-2010, *op. cit.*, n° 235, p. 131 et s.

⁴¹. C. civ., art. 1101.

⁴². P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 23.

⁴³. La relation accord-effets de droit serait toute entière fondée sur l'autonomie de la volonté des parties. V° en ce sens, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. *op. cit.*, p. 395 et p. 591 où l'auteur considère que la réglementation du contrat posée par le Code civil est dominée par la règle de l'autonomie de la volonté, laquelle imprègne le détail du régime contractuel. *Adde*, M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°236.

⁴⁴. D'un point de vue philosophique, cette théorie s'apparente au respect de la parole donnée (*pacta sunt servanda* : les conventions doivent être respectées.). L'homme est libre de s'engager, mais dès lors, il se trouve lié par sa parole ainsi donnée.

Les sources de l'autonomie de la volonté sont philosophiques. V° J. LOCKE, *Les fondements de liberté moderne de J-F Spitz*, Paris PUF 2001, compte rendu par B. GAGNON, *Politiques et sociétés*, 2001 vol. 21, n° 3 ; E. KANT, *Critique de la raison pratique*, Trad. Picavert PUF 1960 p. 30 et *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Trad. Delbos, Paris Voirin 1980 p. 68 et s.

⁴⁵. X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, DMM 2003 p. 63 et s. et p. 447 et s., mettant l'accent sur la nuance opérée par les rédacteurs du Code dans la formulation de l'article 1134. Bien qu'ils reconnaissent que le contrat est paré d'une force obligatoire, ils indiquent aussitôt qu'il n'en va ainsi qu'à la condition que les conventions soient « légalement formées ». V° également en ce sens, M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 236 selon qui « *les rédacteurs du Code civil s'inspirèrent de ce principe, sans l'énoncer clairement* ».

mutations⁴⁶. Néanmoins, pour beaucoup d'observateurs⁴⁷, elle continuerait d'innover le régime juridique de droit commun du contrat.

13. L'hétérogénéité des mécanismes. À s'en tenir à cette définition classique, il ne fait aucun doute que peu d'accords, pourtant rattachés au phénomène de contractualisation par une partie de la doctrine, accéderont à la qualification contractuelle en droit des personnes⁴⁸ : « *qui dit volontaire ne dit pas (forcément) contractuel* »⁴⁹. Il est vrai qu'au-delà du socle commun, constitué d'un échange des consentements emportant la création d'effets juridiques⁵⁰, le phénomène de contractualisation en droit des personnes dévoile une profonde hétérogénéité conventionnelle, dont la spécificité s'accorde mal, à première vue, avec les principes et les notions du droit positif, faisant ainsi figure d'aporie juridique. Néanmoins, rejeter de manière systématique de tels accords de la sphère contractuelle c'est sans doute bien vite oublier que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »⁵¹, et qu'en investissant les terres institutionnelles du droit des personnes, les accords de volontés se teintent nécessairement d'une touche hétéronome, de sorte que leur régime juridique échappe nécessairement, de manière plus ou moins intense, au droit commun de la théorie volontariste.

14. Une qualification contractuelle embarrassante. Dès lors, l'une des questions essentielles soulevées par l'étude de ce phénomène est de savoir si l'on est raisonnablement fondé à appliquer la qualification contractuelle à ces nouveaux avatars. Il conviendra à cet effet de déterminer si ceux-ci constituent une nouvelle espèce qui soit conforme à la définition du

⁴⁶. L. JOSSERAND, L'essor moderne du concept contractuel, in *Recueil d'études sur les sources du droit, Mélanges F. Gény*, Sirey 1934, t. II, p. 333 ; Ph. LE TOURNEAU, Quelques aspects de l'évolution des contrats, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz 1985, p. 349 ; J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, PUF, 1986, p. 40 ; L. CADIET, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), Economica, 1987, p. 7 ; Ph. MALAURIE, Le droit civil des contrats à la fin du XXème siècle, in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec 1999, p. 191.

⁴⁷. Néanmoins, tous les auteurs ne rallient pas cette thèse. V° en ce sens, V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF Paris 1980 ; G. ROUHETTE, La force obligatoire du contrat, in *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, LGDJ 1987

⁴⁸. V° P. ANCEL, Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *Approche renouvelée de la contractualisation, op. cit.*, p. 23, lequel considère en effet qu'« à poser ainsi la question, on se condamne assez souvent à une réponse négative ».

⁴⁹. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in *Approche critique de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD- PINET et D. HIEZ (dir.), *op. cit.*, p.168.

⁵⁰. Le contrat est ainsi rangé parmi les actes juridiques. Ce qui le distingue précisément d'un simple fait juridique, c'est qu'en contractant, les parties ont entendu créer des effets de droit.

⁵¹. E. DURKHEIM, *De la Division du travail social*, PUF, Coll. Quadrige, 2013, p. 189.

genre⁵². Mais dès lors, si l'essence contractuelle classique ne se retrouve pas parmi ces accords, pourquoi alors évoquer un phénomène de contractualisation ? Est-ce par abus de langage, ou par intérêts politiques ? Ou est-ce le signe d'une fausse représentation des figures classiques ? Plus exactement, peut-on encore parler de contrat là où la liberté contractuelle et l'existence d'obligations juridiques ne sont que chimères ? On le voit, un problème de qualification se pose lorsque le contrat évolue, et prend ses distances avec sa forme classique⁵³. Si la réponse à cette interrogation semble, a priori, ne pouvoir être que négative, l'étude du phénomène de contractualisation devrait cependant lever le voile sur une réalité bien différente, induite par le particularisme du contenu de ces différents accords de volontés, ainsi que par la sensibilité de leur domaine d'élection⁵⁴. Aussi, même s'il peut paraître audacieux et vain de chercher de nouvelles pistes de lecture du mécanisme contractuel tant il a été dit et redit sur cette notion⁵⁵, cette étude, partant du concept traditionnel de contrat de droit privé, doit dès lors permettre une analyse renouvelée de ce phénomène ancien à l'aune des faits contemporains⁵⁶. Aussi « *les transformations du contrat, s'adaptant aux nécessités du monde moderne* » doivent-elles participer « *à éclairer d'un jour nouveau les éléments permanents qui forment sa structure technique* »⁵⁷. Plus précisément, tout en espérant ne pas encourir l'opprobre, c'est la pertinence même du principe de l'autonomie de la volonté qui doit être interrogée, pour ensuite encourager son dépassement définitif. Il est vrai que si les partisans du volontarisme juridique sont persuadés de mener le bon combat, il semble bien pourtant qu'ils soient sourds à ce que la réalité du droit positif leur oppose.

⁵². Pour reprendre les termes du Professeur Georges Rouhette s'agissant de la question de la consécration d' « *un contrat de Droit économique* », distinct du contrat de droit privé, qui serait « *affranchi des règles strictes et gênantes de la théorie civiliste* » : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. préc., p. 34.

⁵³. Voir en ce sens, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. op. cit., p. 561.

⁵⁴. Le phénomène de contractualisation en droit des personnes semble ainsi trouver assise dans le droit objectif. Ainsi, si tout comme Durkheim (De la division du travail social), l'objectif n'est pas d'opposer l'institutionnel, ordre de contrainte, au contractuel, ordre de volonté autonome, cette étude doit néanmoins contribuer à démontrer que l'autonomie ne serait ici se concevoir sans le soutien et l'encadrement de l'hétéronomie.

⁵⁵. « *Le contrat a toujours été pour les juristes, un objet de fascination. Il a nourri les doctrines les plus variées, il a subi tant de critiques et d'éloges, alimenté tant de jurisprudences, au point d'être enseigné dans la quasi-totalité des disciplines juridiques* » : P.-Y. GAHDOUN, *Le droit des biens et des obligations, Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2011, n° 31.

⁵⁶. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. op. cit., p. 26, selon lequel « *le spectacle du droit contemporain incite, en tout cas, le juriste à entreprendre une telle étude pour la notion de contrat* ».

⁵⁷. P. HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. 2, Université de Toulouse, Faculté de droit et des sciences économiques, 1960, p. 420.

15. Une qualification contractuelle antistatique. Cette étude n'a toutefois pas pour dessein, bien trop radical et insoutenable, d'altérer la volonté, ni même de détruire la musique contractuelle, mais bien celui d'en modifier le tempo afin qu'il soit davantage conforme au rythme instigué par la réalité positive. Plus précisément, à ceux qui soutiennent aveuglément la toute-puissance des volontés contractuelles, il est tentant de leur opposer que là est d'emblée l'irrecevable, encore qu'un tel discours ait pu être tenu pour vrai lorsque les seuls contrats qu'accueillait le droit étaient ceux de gré à gré⁵⁸, sous la limite toutefois dessinée par l'ordre public. Aussi tout n'est-il pas frelaté, loin s'en faut, dans cette faveur pour la volonté contractuelle. Ce qui l'est en revanche, c'est sa portée supposée. Encore que procéder à une telle affirmation, à considérer le nombre de travaux estimables concluant en ces termes, peut à bien des égards paraître hasardeux. Néanmoins, il n'y a rien de déraisonnable à rallier l'approche des Professeurs Ancel et Jamin selon lesquels la notion de contrat, à l'instar de bien d'autres notions cardinales de notre droit⁵⁹, est nécessairement « *relative* » et « *évolutive* », et qu'elle « *n'est pas une essence, un modèle éternel, figé une fois pour toutes* »⁶⁰. La fidélité au droit positif témoigne en effet de l'impérieuse nécessité de « *cesser de lire le droit des contrats à travers le prisme de la théorie de l'autonomie de la volonté* »⁶¹, et ce d'autant que « *si un mouvement de contractualisation souffle* », il paraît « *donc normal qu'il puisse alors favoriser une respiration nouvelle* »⁶². Aussi convient-il de « *reconsidérer le concept même de contrat et s'émanciper de la figure contractuelle dessinée par le Code civil* »⁶³.

16. Le dépassement de la conception classique. Plus précisément, à l'aune du constat du caractère dérogoire des accords de volontés, et relevant, comme l'ont fait les conventionnalistes à propos de la relation de travail, l'incomplétude du contrat⁶⁴, l'un des

⁵⁸. Le contrat de gré à gré est « *celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* » : C. civ., art. 1110, al. 1.

⁵⁹. Cette relativité et cette évolutivité sont aussi caractéristiques de la notion de dignité de la personne humaine, et en font une notion perméable aux évolutions de la société.

⁶⁰. P. ANCEL, L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 309.

⁶¹. H. LÉCUYER, Mariage et contrat, in *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES SOMMIÈRES (dir.), Economica, Coll. Études juridiques, 2001, p. 60.

⁶². F. TERRÉ, Rapport de synthèse, in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 316.

⁶³. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 5.

⁶⁴. Voir sur ce point C. BESSY, *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, Coll. Droit et Société, 2007, p. 43, renvoyant à l'analyse de É. SERVERIN, Propos croisés entre droit et économie sur la place de l'incertitude dans le contrat, *Sociologie du travail*, n° 4, 1996.

objectifs principaux de cette étude est de démontrer qu'une approche purement volontariste du mécanisme est incompatible avec le développement de celui-ci au sein du droit des personnes. Mais reconnaître les vicissitudes de l'acceptation classique du contrat, c'est avant tout admettre que l'essence contractuelle demeure, mais qu'elle n'est pas celle de la thèse classique, à savoir l'autonomie de la volonté. Dès lors qu'une telle distanciation est tenue pour acquise, ces nouveaux avatars n'ont a priori plus de raison d'être tenus hors de la sphère contractuelle. Bien au contraire, leur rattachement à celle-ci doit contribuer à mettre en lumière l'inadéquation du principe autonomiste, particulièrement lorsque le contrat s'étend à des champs traditionnellement emprunts d'ordre public en ce qu'ils touchent aux intérêts essentiels, tant des personnes physiques que de la société. En outre, l'isolement des aspects les plus révélateurs de ce régime spécifique doit permettre, dans un second temps, de voir si au terme d'une approche endogène un particularisme commun peut être décelé et qui permettrait de conclure à l'émergence d'un nouveau type de contrats, et à tout le moins de certaines constantes caractéristiques. De ce fait, cette réflexion générale sur la contractualisation en droit des personnes n'aspire pas à l'examen systématique de l'ensemble de ses déclinaisons pratiques, mais au contraire à mettre spécialement en exergue certaines de ses manifestations les plus topiques, pour *in fine* révéler l'impossible cloisonnement interindividuel des accords de volontés.

17. L'indifférence au statut légal. Il est vrai qu'ils ne sont pas, loin s'en faut, détachés de tout élément objectif. Mais la réglementation impérative - et l'analyse doit le révéler - n'est pas exclusive de la qualification contractuelle ; elle en permet même au contraire ici le déploiement. Aussi, alors que l'indifférence qualificative quant à l'interférence entre l'hétéronomie et l'autonomie se révèle être de mise, seront analysées aussi bien les conventions synallagmatiques, telles celles portant sur un attribut de la personnalité du contractant, que celles unilatérales comme peut l'être le don de matériaux biologiques humains. Peu importe également qu'elles soient nommées, comme la vente ou le mandat, ou qu'elles soient innommées, à l'image de celles portant sur le corps humain, leur attrait dans le champ de l'étude ne saurait être occulté. En somme, dès lors qu'est constaté un accord de volontés générateur d'effets de droit, celui-ci doit prendre place au cœur de l'analyse. Il s'agit donc là du seul critère de délimitation de la contractualisation. Encore que celui-ci se révèle, en bien des hypothèses, d'appréhension délicate, en témoigne les querelles doctrinales afférentes à la nature juridique des actes de volontés innervant le droit des personnes. Les deux exemples les plus topiques

témoignant de cette difficulté sont sans doute ceux portant sur la réalité charnelle de la personne, et la relation existant entre un médecin et son patient.

18. Les conventions portant sur le corps humain. D'aucuns dénie par exemple la nature contractuelle du don d'éléments humains⁶⁵, de l'expérience biomédicale⁶⁶, retenant plutôt celle d'acte juridique unilatéral. De même certains travaux réfutent-ils leur rattachement à la sphère du contrat au regard de la réglementation impérative particulièrement prégnante qui les entoure. Mais cela ne saurait en soi justifier leur exclusion⁶⁷, puisque d'une part ils reposent à l'évidence sur un accord de volontés et, d'autre part, en ce que de nombreux contrats réglementés, comme celui de consommation ou de travail, innervent le droit positif. Une autre harangue résulte de ce qu'aucune obligation n'émergerait de tels accords⁶⁸. Plus précisément, la rétractabilité du consentement serait le signe, soit de l'absence de contrat soit, moins radicalement, de ce que seulement l'un des contractants se trouve soumis à une prestation contractuelle. Or, si le consentement peut ici être rétracté, c'est, comme à l'instar des facultés de dédit ou de retrait, non en ce qu'il n'est pas contractuel, mais bien plutôt en ce que doit être préservée l'intégrité physique et morale de la personne qui s'engage dans un contrat. Et l'absence de rejet systématique⁶⁹ de la qualification contractuelle en témoigne nécessairement.

19. La relation patient-médecin. S'agissant de la relation se nouant entre un patient et son médecin, celle-ci a pendant longtemps, sans rechignement aucun, été rattachée à la sphère contractuelle. Depuis l'arrêt Mercier⁷⁰ rendu au visa de l'article 1147 ancien du Code civil, l'existence d'un contrat ne faisait aucun doute, à tout le moins pour les praticiens libéraux, puisque dans le secteur public, la responsabilité des établissements du fait des actes accomplis

^{65.} V° notamment D. THOUVENIN, La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique, *LPA*, 14 déc. 1994, n° 149, p. 25. *Contra*, v° notamment M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004, n° 481.

^{66.} M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 94, p. 178 ; D. THOUVENIN, La loi du 20 déc. 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?, *ALD* 1989, p. 89 et s., spéc. n° 123 et 168 ; E. RASCHEL, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Thèse dactyl. Poitiers, M. DANTI-JUAN et R.-N. SCHÜTZ (dir.), 2013, n° 20 et s., p. 35 et s.

^{67.} J. GHESTIN, La notion de contrat, *D.* 1990, chron. p. 147 et s., spéc. p. 155.

^{68.} En ce sens, E. RASCHEL, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Th. *op. cit.*, n° 24-25, pp. 39-40.

^{69.} S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse dactyl. Dijon, 1999, E. LOCQUIN (dir.), n° 245 et 253.

^{70.} Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936, 1, p. 88, rapp. JOSSERAND et concl. MATTER ; *RTD civ.* 1936. 691, obs. DEMOGUE.

par le personnel médical est de nature administrative. Mais la loi du 4 mars 2002⁷¹ est venue modifier cet ordre établi, en substituant un régime autonome de responsabilité en précisant à l'article L. 1142-1 nouveau du Code de la santé publique que « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ». D'aucuns en ont déduit que la responsabilité contractuelle des médecins n'était qu'un « *faux-concept* »⁷², puisque celle-ci est désormais légale⁷³, et le fait que l'obligation d'information soit devenue, par l'entrée en vigueur de ce même texte, un droit du patient ne ferait que le corroborer. Mais n'est-ce pas bien vite oublier que nombreux sont les contrats qui « *donnent naissance à des obligations que la loi en fait impérativement découler* »⁷⁴ ? Il n'y a en effet rien d'incongru à considérer que telle est la réalité de l'obligation de sécurité dans les contrats de transport, ou encore de celle de conseil dans les contrats de vente. Aussi n'y-a-t-il rien ici d'exclusif en soi de la qualification contractuelle, à tout le moins s'agissant des médecins exerçant dans le secteur privé. En effet, « *en signalant son cabinet de consultation ou en acceptant de figurer comme tel dans un annuaire téléphonique est en état d'offre permanente et lorsque le patient sollicite ses services, il accepte cette offre, ce qui forme le contrat* »⁷⁵. La solution est logique puisqu'un accord de volontés constitue effectivement le socle de la relation. Encore que la qualification contractuelle soit également parfois rejetée en ce qu'il ne créerait aucune obligation juridique puisque le patient peut parfaitement retirer, ici aussi, son consentement. En somme, celui-ci ne serait que l'expression du droit à l'inviolabilité du corps humain⁷⁶. Mais quid de l'obligation de rémunérer la prestation⁷⁷ ? Le retrait du consentement n'est ainsi pas le signe de l'inexistence du contrat,

⁷¹. L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O. 5 mars 2002.

⁷². Ph. RÉMY, La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux-concept, *RTD civ.* 1997, p. 323. V° également pour une critique, D. TALION, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, *RTD civ.* 1994, p. 223 ; É. SAVAUX, La fin de la responsabilité contractuelle ?, *RTD civ.* 1999, p. 1.

⁷³. Pour une décision rendue au visa de l'article 1382, au lieu du traditionnel article 1147, v° notamment : Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591. - *Adde*, Cass. 1^{ère} civ., 14 oct. 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 200, pourvoi n° 09-69.195.

⁷⁴. L. LEVENEUR, Le chaud et le froid pour le monde médical, in *Contrats, conc., consomm.* n° 10, oct. 2012, comm. 225, à propos de Cass. 1^{ère} civ, 12 juin 2012, n° 11-18.928.

⁷⁵. J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 8.

⁷⁶. F. DREYFFUS-NETTER, Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ?, *Rev. resp. civ. et ass.*, n° 10, oct. 2002, chron. 17.

⁷⁷. S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. op. cit., n° 421 ; J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, préf. E. GARAUD, n° 350.

mais bien plutôt de son existence et de la nécessité pour le patient de conserver la maîtrise de son corps, et partant, préserver sa dignité. Aussi le raisonnement développé s'agissant des conventions portant sur le corps humain de la personne peut-il raisonnablement être étendu à la relation patient-médecin, tant il est évident que « *sous la paille des mots apparaît* » vraisemblablement « *le même grain* »⁷⁸.

20. Les intérêts de la reconnaissance de la nature contractuelle des actes portant sur le corps humain. Une telle reconnaissance renforcerait en toute vraisemblance les droits de la personne dont le corps participe de la matière de l'acte, particulièrement en cas d'exécution défectueuse ou d'inexécution de la prestation. S'agissant du contrat médical, le médecin doit prodiguer tous les soins utiles et conformes aux données acquises de la science. Or, s'il venait à contrevenir à cette obligation, l'exception d'inexécution pourrait permettre au patient de ne pas remplir celle de paiement de la prestation tant que le praticien n'a pas respecté son engagement. Selon la même perspective, lorsqu'une recherche sur la personne humaine est menée en dehors de tout bénéfice direct pour le sujet celui-ci perçoit une indemnisation de ses frais. Or, il est tout à fait possible d'imaginer ici qu'en cas de manquement à cette obligation, le sujet pourrait alors soulever l'exception d'inexécution afin de suspendre l'exécution de son engagement. Dans les deux hypothèses, il semble aussi parfaitement concevable que le patient et le sujet de la recherche puissent alors solliciter l'indemnisation du préjudice subi, et le cas échéant, la résiliation du contrat, afin de se délier de leurs obligations. À l'inverse, la protection du professionnel en sortirait également renforcée, puisque l'inexécution par le patient ou le sujet de l'expérimentation de son engagement pourrait alors constituer une cause exonératoire de responsabilité⁷⁹. En outre, le contrat manifeste formellement un lien subtil entre deux parties, et reconnaître une nature contractuelle aurait sans doute le mérite de conforter cette spécificité et refléter la relation d'intimité et de confiance qui se noue entre le médecin et son patient ainsi qu'entre la personne qui prête son corps à une recherche et le professionnel, participant *in fine* à accroître l'obligation morale qui peut légitimement émerger dans de telles situations. De même, alors que le code civil soumet les contractants à une obligation de bonne foi, celle-ci apparaît comme un rempart supplémentaire contre les manquements ou la mauvaise foi des

⁷⁸. Ph. DELEBECQUE, *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1993, p. 2.

⁷⁹. B. BEVIÈRE-BOYER, L'opportunité du maintien du contrat médical confirmée par les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, p. 6.

parties, légitimant encore davantage le rattachement de la relation patient-médecin à la sphère contractuelle.

21. L'application du droit commun des contrats. Enfin, un signe supplémentaire témoignant de l'intérêt de retenir une telle qualification peut être identifié dans la soumission de ces hypothèses au régime de droit commun des contrats⁸⁰. S'agissant du contrat médical, le malade dispose en effet d'une parfaite liberté contractuelle dès lors qu'il a la faculté de choisir librement le praticien qui sera chargé de lui prodiguer les soins.⁸¹ En outre, aucun formalisme n'est imposé, ni *ad validatem*, ni *ad probationem*, le contrat médical étant alors consensuel dès lors que seul l'échange des volontés⁸² suffit à emporter sa formation, étant entendu que celui-ci sera bien souvent implicite et non formalisé. Enfin, le contrat médical ressort comme un contrat à titre onéreux dès lors que la prestation de soins doit être rétribuée, ainsi que comme un contrat de gré à gré dès lors que les contractants déterminent librement la teneur de leur relation⁸³.

S'agissant de la relation entre le promoteur et le sujet, ce dernier dispose également d'une certaine liberté contractuelle dès lors qu'il est parfaitement libre d'entrer en relation et de choisir son cocontractant. En revanche, les parties ne disposent que de peu de marge de manœuvre s'agissant de la détermination du contenu de l'acte dès lors qu'afin que soit préservée l'intégrité et la dignité du sujet, de nombreuses bornes objectives l'entourent. Celles-ci ne sont toutefois que la simple traduction de l'article 6 du Code civil. En outre, même si un certain formalisme doit être respecté *ad validatem*, il n'y a rien ici non plus de dérogação au droit commun dès lors que le code civil prévoit expressément l'existence des contrats formels. Enfin, toujours en opposition au contrat médical, la relation entre le sujet et le promoteur est un contrat nécessairement conclu à titre gratuit, sauf à ce que soit contredit le principe d'extrapatrimonialité du corps humain, et au-delà, la dignité humaine de la personne. En effet, si le sujet peut parfaitement percevoir une indemnisation destinée à compenser les frais

⁸⁰. B. BEVIÈRE-BOYER, L'opportunité du maintien du contrat médical confirmée par les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *ibid*.

⁸¹. CSP, art. 1110-8.

⁸². C. civ., art. 1109.

⁸³. B. BEVIÈRE-BOYER, L'opportunité du maintien du contrat médical confirmée par les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *ibid*.

engendrés pour la poursuite de l'expérience, il ne s'agit nullement d'une rémunération, encore que l'artifice du verbalisme ne puisse ici aussi être totalement ignoré.

IV. OBJECTIF DE L'ÉTUDE

22. La lecture renouvelée de l'acte contractuel. L'hypothèse théorique qui se situe donc à la base de cette étude est que la définition classique du contrat, à s'en tenir à une lecture positive du droit, prête le flanc à la critique. S'il est indéniable que « *les juristes seront toujours insatisfaits de leurs notions fondamentales* »⁸⁴, c'est ici la conviction de son nécessaire renouvellement et de sa parfaite adéquation avec le droit des personnes qui doit pouvoir envahir tout observateur. Renouvellement, car le droit des contrats a sensiblement évolué et évolue encore, la théorie générale étant antistatique et dynamique. Adéquation ensuite, en ce que les conventions nouvellement reçues par ce champ juridique, si l'on accepte de s'extraire des vicissitudes du volontarisme juridique et d'une analyse par trop restrictive de l'acte, sont de vrais contrats, dont beaucoup se révèlent utiles à la personne humaine. Loin de devoir être relégués au rang d'appoggiature, ils sont bien au contraire le terrain d'élection de préoccupations nouvelles, pour lesquelles il n'est pas incongru de considérer qu'elles atteignent progressivement le champ de la théorie générale, comme peut l'être la compensation croissante de l'asymétrie conventionnelle. Aussi l'hypothèse de cette étude ne saurait être, sauf à paraître lacunaire, que strictement théorique, puisqu'elle est apte à participer au renouvellement de la pratique contractuelle. L'enjeu est donc de démontrer, au-delà, que l'expansion du contrat, notamment au droit des personnes, ménage une place significative à l'éthique et à l'égalité contractuelles et que celles-ci constituent la boussole qui guide le cap du droit commun. Le phénomène de contractualisation illustre ainsi en quelques sortes la mutation quasi-génétique que connaît le contrat.

⁸⁴. P. RAYNAUD, Préface, in *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, J. HAUSER (dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, p. I.

V. INTÉRÊT DE L'ÉTUDE

23. L'enrichissement mutuel du contrat et du droit des personnes. Si l'étude du phénomène de contractualisation en droit des personnes peut ainsi contribuer à repenser les fondements traditionnels du contrat, celle-ci devrait également permettre d'éclaircir la notion de personne humaine et son statut. En effet, la mise en lumière des différents accords de volontés existant en la matière doit permettre de déterminer quels éléments et parties de la personne sont susceptibles de faire l'objet de conventions et dans quelles conditions. Plus précisément une telle analyse, à l'aune des restrictions objectives, doit-elle contribuer à éclaircir ce qui constitue l'humanité de la personne⁸⁵. À l'évidence, le principe de dignité ressort ici comme le curseur du déploiement de la contractualisation en droit des personnes⁸⁶.

L'étude aura donc pour ambition d'établir une analyse juridique rationnelle des différents concepts clés en jeu, pour *in fine* dépasser l'antagonisme supposé entre le contrat et le droit des personnes, les deux interférant sans cesse davantage, tout en influençant et enrichissant respectivement leur développement dynamique. Au-delà, c'est à la confirmation de la porosité entre les univers contractuel et institutionnel que cette étude doit contribuer, tant il est vrai qu'ils ne sauraient encore « être regardés comme séparés par des cloisons étanches »⁸⁷. C'est ainsi la mise en exergue de l'ambivalence de l'acte contractuel qui doit être révélée, celui-ci étant le point de contact entre l'autonomie individuelle et les exigences institutionnelles du cadre social dans lequel il se déploie.

⁸⁵. Ainsi les juges font-ils « nécessairement appel à une certaine notion de la personne humaine » afin de circonscrire le champ de défense de la vie privée : B. EDELMAN, *La personne en danger*, préc., p. 113.

⁸⁶. Elle guide ainsi notamment la matière de la disposition juridique corporelle. V° sur ce point, S. PRIEUR, Thèse, préc., n° 60. Adde M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Th. op. cit., spéc. n° 473.

⁸⁷. J. CHEVALLIER, Contractualisation et régulation, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 184.

VI. MÉTHODE

24. Déroulement. En partant de la définition du contrat telle qu'elle résulte des dispositions du Code civil, mais en s'en détachant néanmoins pour admettre dans le champ de cette étude les conventions, c'est à une appréciation de la réalité du phénomène de contractualisation et de ses implications pratiques et théoriques pour le droit des personnes qu'il conviendra de procéder en premier. Pour ce faire, un raisonnement à partir d'exemples concrets permettra ensuite d'orienter la réflexion du particulier au général dans une visée qualificative. Afin de parvenir à une telle démonstration, il conviendra donc de prendre pour fil d'Ariane initial la définition classique du contrat. Une telle acception ne signifie nullement que les autres approches seront totalement délaissées puisque l'on ne saurait exclure fermement, à ce stade de l'étude, la possibilité que chacune d'entre elles renferme une part de vérité. Ces dernières devront ainsi bien au contraire servir de grille de lecture à une mise en perspective des aspects de la définition traditionnelle civiliste devant être dépassés, et à tout le moins repensés dans une approche contemporaine du phénomène contractuel pour, chemin faisant, permettre l'admission dans la sphère contractuelle des accords de volontés innervant le droit des personnes. Or, une fois admise l'émergence du contrat et la réalité même du phénomène de contractualisation, encore reste-t-il à étudier comment celui-ci se trouve régulé afin que les principes impérieux de ce champ juridique ne soient jamais obérés.

25. Le critère de qualification⁸⁸. À cet égard, nous verrons qu'un regroupement des différents accords de volontés peut dès lors être réalisé à l'aune de l'état de vulnérabilité du contractant faible, celui-ci étant soit la source des conventions, soit leur conséquence. Plus précisément, la première catégorie d'hypothèses de conventions voit l'état de vulnérabilité de la personne justifier la conclusion d'un accord de volontés et légitimer sa prise d'effets, comme peut l'être la conclusion d'un mandat de protection future pour autrui ou encore une mesure d'accompagnement social personnalisé. En revanche, le second versant de la classification accueille des situations conventionnelles plaçant la personne dans une situation de vulnérabilité, celle-ci résultant du risque potentiel engendré par la conclusion de l'acte sur sa dignité, sa

⁸⁸. Nommer, qualifier les choses, est l'œuvre de tout juriste. V^o en ce sens, O. CAYLA, La qualification ou la vérité du droit, in *La qualification*, Droits n°18, PUF, 1993, p. 3 et s., spéc. p. 3, selon qui « *s'il y a une activité centrale du juriste, absolument décisive dans la pratique juridique, c'est bien celle qui consiste à se contenter de donner un nom aux choses et de les caractériser juridiquement* ».

protection. À l'évidence, l'ensemble de ces hypothèses corroborent la nécessité que le déploiement des droits subjectifs soit orienté par le droit objectif.

26. Les exclusions. Néanmoins, délaissant toute visée exhaustive, l'étude n'aura pas pour ambition d'établir une « *cartographie* »⁸⁹ complète des conquêtes contractuelles en droit des personnes, ce travail n'ayant en effet pas pour finalité de répertorier, à la manière d'un catalogue, les multiples accords de volontés existant dans ce pan du droit. Un tel projet ne délivrerait en effet qu'un enseignement descriptif et insuffisant en soi à une compréhension globale des rouages et des incidences du phénomène de contractualisation. Doivent en revanche être analysées les illustrations les plus topiques, puisqu'elles constituent un terrain fertile pour la redéfinition des postulats traditionnels du mécanisme contractuel.

27. L'approche dynamique. Or, afin d'appréhender le plus justement possible le phénomène de contractualisation en droit des personnes, il importe que la démarche réponde aux canons de la science juridique en maintenant le cap d'une approche la plus objective possible, même si à l'évidence la portée de cette évolution ne saurait être détachée de toute sensibilité philosophique. Une telle étude requiert en effet que soit interrogée la dimension théorique et axiologique de la contractualisation, justifiant que la réponse ne puisse faire l'économie, à certains passages, de l'histoire du droit, de la théorie du droit, même si la boussole qui guide cette quête ne doit être autre que le droit positif puisqu'« *une description ne doit jamais paraître imaginée* »⁹⁰. Il est indéniable qu'une démarche exclusivement technique ou, à rebours, strictement théorico-philosophique, serait à l'évidence lacunaire et inapte à rendre compte avec justesse de la réalité du phénomène. Mais il convient également de quitter les sentiers battus, combattre l'écueil d'une analyse statique et nécessairement restrictive, tant à l'égard du contrat, que de la contractualisation même, tant les soubassements et la portée du phénomène ont manifestement un rôle important à jouer dans sa conceptualisation ainsi que dans celle de l'acte contractuel.

⁸⁹. Pour reprendre l'expression du Professeur Laurent LEVENEUR, Introduction, in *La contractualisation de la famille*, préc., p. 9.

⁹⁰. A. ALBALAT, L'art d'écrire, in *Comment on devient écrivain*, Armand Colin, 1997.

VII. PROBLÉMATIQUE

28. Le déploiement et l'encadrement de la contractualisation. Le sujet de la présente étude est donc une réflexion sur la contractualisation et doit donc en conséquence s'articuler autour de cette notion, en veillant à ce qu'elle soit systématiquement centrée sur son objet, soit le droit des personnes. Aussi ne s'agit-il pas d'étudier ici n'importe quelle contractualisation mais bien celle touchant ce champ juridique. Cette démarche, guère entreprise auparavant, semble parfaitement justifiée au regard de l'accroissement exponentiel du pouvoir des volontés en ce domaine. Or, la question sous-jacente à un tel déploiement est celle de leur réalité contractuelle, de sorte que doit être interrogée la pertinence même du titre de l'étude. Peut-on en effet déceler le contrat là où la dignité humaine semble s'y opposer ? Au-delà, l'analyse de la contractualisation en droit des personnes, et non « du » droit des personnes, invite à la mise en exergue des spécificités du phénomène tel qu'il émerge dans ce champ juridique, tout en reconnaissant que celui-ci n'est pas atteint d'un contractualisme absolu. Si les volontés se déploient certes, il n'en demeure pas moins que l'ordre public paraît ne pas devoir être totalement évincé au regard des différents principes impératifs innervant le droit des personnes, et dont le principal est sans doute celui du respect de la personne humaine. Il est évident que les implications de la contractualisation dépassent le seul droit des obligations, pour atteindre l'humanité même, impliquant qu'un tel phénomène, aussi légitime et utile soit-il, ne contrevienne jamais aux intérêts supérieurs du contractant dont l'attribut extrapatrimonial constitue la matière du contrat, ni à l'intérêt général. Aussi conviendra-t-il en conséquence de présenter ensuite les moyens aptes à canaliser un tel développement conventionnel.

29. La structure de l'étude. Or, la synthèse des diverses interrogations ainsi soulevées peut aisément être articulée autour de deux grands axes principaux. Le premier s'attache à la détermination de l'effectivité de la contractualisation en droit des personnes, laquelle doit permettre de convenir qu'hier fortement improbable le phénomène, s'il ressort à première vue comme ambivalent (Partie I) est pourtant bel et bien inévitable. Mais surtout, la révélation d'une certaine emprise du contrat doit ensuite aboutir à éclairer sa nécessaire maîtrise objective par le prisme du principe de dignité humaine, une telle tempérance de la contractualisation en droit des personnes (Partie II) étant strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts fondamentaux des individus et à l'intérêt général de la société.

PARTIE I

L'AMBIVALENCE DU PHÉNOMÈNE DE CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES

30. Les perspectives. La contractualisation du droit s'entend majoritairement d'un recul de l'hétéronomie face à l'autonomie dans l'ordre juridique positif interne⁹¹. En somme, là où la loi s'affaiblirait, le contrat prospérerait⁹². Aussi, constater sans contresens un tel phénomène en droit des personnes implique d'apercevoir la régression des liens prescrits au profit de ceux « *consentis* »⁹³, ainsi que leur correspondance aux règles du régime général du contrat. Si de nombreux champs disciplinaires, tels le droit de la famille⁹⁴, le droit du travail⁹⁵, ou encore le

⁹¹. A. SUPIOT, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit., p. 19

⁹². Ce phénomène de contractualisation du droit serait une nouvelle manifestation de « *la loi historique dégagée par Sumner Maine : du statut au contrat* » : L. LEVENEUR, Introduction, in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 7.

⁹³. A. SUPIOT, La contractualisation de la société, intervention à l'Université de tous les savoirs, in *Qu'est-ce que l'humain ?*, de Y. MICHAUD, vol. 2, Odile Jacob 2000, p. 157.

⁹⁴. Sur la contractualisation du droit de la famille : v° notamment : D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), LGDJ, Coll. Droit et société, 2007, pp. 167-178 ; C. DUDIT, *La contractualisation du droit de la famille*, Thèse dactyl., Nantes, 2009, R. LE GUIDE (dir.) ; X. LABBÉE, La famille homosexuelle polygame et incestueuse, *Gaz. Pal.* 28 mai 2015, n°148, p. 5.

⁹⁵. Sur la contractualisation du droit du travail, v° notamment : J. BARTHÉLÉMY, Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation, *Rev. Droit social*, 2003.25 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, La contractualisation du lieu de travail : nouvelle donne, *D.* 2005.1978 ; E. PESKINE, Contractualisation et droit du travail : de l'entreprise au réseau, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), op. cit., pp. 47-52 ; Ch. BESSY, *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, Coll. Droit et société, 2007 et du même auteur, Les limites de la contractualisation de la relation de travail, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, op. cit., pp. 157-166 ; P. LOKIEC, La contractualisation du licenciement, *Semaine sociale Lamy*, 2008.1367 ; A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, Thèse, Montpellier, 2010.

droit pénal⁹⁶ témoignent à l'évidence d'une telle orientation nouvelle, d'aucuns s'étant par ailleurs interrogés sur la possible émergence d'un « *ordre juridique conventionnel* »⁹⁷, un tel phénomène est-il réellement décelable en droit des personnes ?

31. L'antinomie apparente entre la personne et le contrat. Traditionnellement dominée par un ordre public de direction, garant de la protection des intérêts fondamentaux irriguant cette branche juridique, celle-ci semble en effet a priori, et plus encore que tout autre domaine, fermement hermétique au pouvoir des volontés individuelles, et très certainement encore davantage au contrat. Cette apparente antinomie⁹⁸ entre le droit des personnes et l'autonomie résulte de la différence d'essence entre les individus et l'acte contractuel. En effet, si la personne morale dépend toujours des volontés individuelles et repose sur un contrat⁹⁹, les personnes physiques semblent quant à elles avoir toujours été réfractaires au pouvoir de la volonté, alors que le contrat n'est supposé être autre que l'acte de volonté et de liberté par excellence.

32. Le subjectivisme versus l'objectivisme¹⁰⁰. Aussi, alors que le droit des personnes ressort comme a priori strictement dominé par le droit objectif, comment le contrat, qui n'est autre que l'expression la plus marquée du subjectivisme, pourrait-il raisonnablement y prospérer ? À première vue il semble bien que la conclusion s'imposant aux observateurs avec toute la force de l'évidence soit celle de l'impossibilité du développement du contrat. Pourtant n'est-ce pas qu'une illusion trompeuse ? Le droit des personnes n'accueillerait-il pas une part, même infime, de subjectivisme ? Et le contrat, est-il réellement aussi hermétique à tout objectivisme qu'il ne l'est supposé ? Voilà autant d'interrogations auxquelles cette partie de

⁹⁶. Sur la contractualisation du droit pénal, v° notamment : F. ALT-MAËS, La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ?, *RSC* 2002.501 ; Y. JOSEPH-RATINEAU, Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet, *D.* 2008.1035 ; B. DE LAMY, Procédure et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale), in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit, pp. 149-165 ; C. AMBROISE-CASTEROT, La contractualisation de la justice pénale : aveu et négociation, *Rép. de droit pén. et de proc. pén.*, sept. 2014.

⁹⁷. A. HOLLEAUX, Vers un ordre juridique conventionnel, *Bulletin de l'Institut international d'administration publique* 1974, p. 667.

⁹⁸. F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, L'outil contractuel, au cœur de la chaîne du vivant, in *Contrats et vivant*, J. GHESTIN (dir.), L.G.D.J., 2006, n° 73, p. 72, citant C. LABRUSSE-RIOU : « *chacun sait que le règne de la vie humaine a longtemps semblé rétif à de telles opérations, et ce pour deux raisons. D'un côté, la vie humaine est portée, concrètement, par des sujets de droit, les personnes physiques ; de l'autre, le contrat constitue l'un des instruments favoris du commerce juridique* ».

⁹⁹. C. LABRUSSE-RIOU, La relativité du contrat : les personnes, in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées nationales, Tome IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000 p. 13 et s.

¹⁰⁰. Sur le sujet, v° J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Th. dactyl, Paris, 1962.

l'étude devra tenter de répondre. Toutefois, il semble bien que dans cette quête, le chemin des certitudes devra très probablement être délaissé, puisqu'un bref regard sur la réalité pratico-sociale soumet très rapidement le lecteur à de nombreuses questions à l'égard desquelles les sentiers balisés d'antan ne sauraient conduire à une réponse satisfaisante. Comment en effet ne pas être en proie au doute, alors que la progression se fait parfois l'échine courbée sous le poids des faux-semblants, là où l'apparente immuabilité de grands principes, pourtant parfois encore dispensée, semble plus que jamais vaciller ? Nul besoin en effet de pousser bien loin l'analyse du champ juridique pour s'apercevoir que d'un droit presque tout entier dominé par la puissance institutionnelle et l'objectivité, il s'est mué en un droit où la volonté individuelle et la subjectivité viennent s'agréger aux précédentes. Aussi, même si historiquement le droit des personnes n'est pas toujours demeuré étanche à toute emprise des volontés¹⁰¹, encore convient-il de ne pas minimiser l'extension contemporaine de leur pouvoir. Mais immédiatement surgit une difficulté supplémentaire, sans doute la principale : là où l'autonomie et l'hétéronomie forment un entrelacs, tout aussi original que complexe, peut-il vraiment y avoir trace de l'empreinte contractuelle ? N'est-ce pas *in fine* devoir convenir d'une certaine « *démystification de la contractualisation* »¹⁰² ? Ou bien « *les produits du contractualisme ambiant (...), sortes de monstres à deux têtes* »¹⁰³, ne seraient-ils que le strict reflet de la réalité contractuelle contemporaine ? L'opposition axiologique entre ces deux forces ne constituerait-elle pas en effet bien plutôt la force motrice du développement contractuel en droit des personnes ? Or, si un tel éclaircissement implique tout d'abord que soit interrogée la réalité de l'expansion du pouvoir des volontés (Titre I) pour qu'ensuite une réponse satisfaisante puisse être apportée à ces interrogations par le prisme de l'analyse de la portée pratique de ce phénomène (Titre II), il est une certitude qu'il conviendra de conserver à l'esprit tout au long de ce cheminement : il faut se méfier de la clarté apparente des termes et toujours regarder au-delà l'âme qui les anime et les guide.

¹⁰¹. Il en était ainsi notamment de l'adrogation. V°, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Paradigme droit, Coll. Thèse, 2005, n° 52 et 66.

¹⁰². P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰³. P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, *op. cit.*, p. 17.

TITRE I

LA PROMOTION DES ACCORDS DE VOLONTÉS

« *Le contrat aujourd'hui se mêle de tout et s'emmêle dans tout* ». ¹⁰⁴

33. L'émergence d'un nouvel ordre substantiel¹⁰⁵. Il est traditionnellement de bon ton de soutenir que l'ordre public fait partie de l'essence même de la société¹⁰⁶ et qu'il sert de boussole aux conduites sociales. Sa nature première est prohibitive, et il pose en quelque sorte les bornes à l'intérieur desquelles la liberté des personnes peut s'exercer¹⁰⁷ : tel est l'enseignement à retenir des dispositions de l'article 6 du Code civil. Or, alors que le droit des personnes est communément perçu comme « *un domaine privilégié* »¹⁰⁸ de son intervention, y

¹⁰⁴. M. MEKKI, paraphrasant A. Supiot à propos de l'État : Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 323.

¹⁰⁵. V° notamment sur ce point, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations. Le contrat, op. cit.*, n°26, p. 9.

¹⁰⁶. E. PICARD, Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, J.-M. REDOR (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 17-61, spéc. pp. 34-36 ; P. GERVIÉ, *La limitation des droits constitutionnels fondamentaux par l'ordre public*, Th. Bordeaux, 2013, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), spéc. n°98 selon qui « *l'assise libérale des sociétés démocratiques repose sur l'idée qu'aucun droit ne peut être conçu en termes absolus* ».

¹⁰⁷. J. CAYRON, *Ordre public et validité du contrat ; aspects du droit de la famille et du droit des personnes*, *Rev. jur. Personne et famille*, 1999, p 4 et s.

¹⁰⁸. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Rép. dr. civ.*, V° Ordre public et bonnes mœurs, n°90, mars 2004. – Adde, M. LAMARCHE, *Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels*, *Dr. fam.* 2014, Focus 29. Selon le Vocabulaire juridique de Capitant, l'ordre public est défini comme l' « *ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères...* » : F. TERRÉ, Rapport introductif, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Sirey, 1996, p. 3.

constater un accroissement du rôle des volontés, c'est aussi avant tout devoir convenir du déclin corrélatif de la contrainte étatique. Or, aussi inattendue¹⁰⁹ puisse paraître la rencontre entre le droit des personnes et le pouvoir des volontés individuelles, les développements qui vont suivre doivent cependant participer à démontrer l'incontestabilité et l'accentuation dynamique de ce phénomène. Mais quelles forces sous-jacentes sont-elles à-mêmes d'emporter la transformation d'un champ juridique traditionnellement réfractaire à toute emprise des volontés individuelles en un domaine largement irrigué par elles ? À l'évidence, une telle interrogation ne saurait demeurer lettre morte, et il convient, afin d'y répondre de la manière la plus éclairée possible, d'analyser tout d'abord quels facteurs sous-jacents ont induit un tel recul institutionnel (Chapitre 1). Mais une telle prospection des causes du phénomène doit nécessairement ensuite, sauf à demeurer purement descriptive, conduire à la détermination de ses implications pratiques pour le droit des personnes (Chapitre 2).

¹⁰⁹. La notion de contrat et celle de personne semblent être antinomiques. Tandis que le contrat renvoie à la patrimonialité, la personne elle est extrapatrimoniale. Sur ce point, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 2, p. 4.

CHAPITRE I. LES SOURCES ÉPISTÉMOLOGIQUES

34. Autonomie versus contrainte. Alors que le droit des personnes est traditionnellement perçu comme hermétique à l’emprise des volontés individuelles, et plus encore à celle du contrat, il semble bien pourtant qu’il ne soit pas demeuré étanche à la progression du pouvoir des volontés. Déclin de l’institutionnel, essor du contractuel : là résiderait la portée du phénomène de contractualisation. Mais si un tel constat est réellement avéré, pourquoi alors une telle remise en cause d’un ordre si bien établi ? Que peut bien avoir le contrat que la loi n’a pas, ou a perdu ? Il n’y a rien d’incongru à supposer qu’il s’agit d’une efficacité. Il est vrai que la contrainte est par nature moins bien accueillie par ses destinataires que la négociation. En somme, là où la loi enserme, le contrat libère. Entendu ainsi, le phénomène de contractualisation en droit des personnes semble illustrer directement la perte d’autorité du droit imposé (Section 1), et la promotion croissante et consubstantielle du droit négocié (Section 2).

SECTION 1. LE DÉCLIN DU DROIT IMPOSÉ

35. Le contexte global. Conscient que l’étude de la contractualisation en droit des personnes perdrait à demeurer centrée sur le concept de contrat à la lumière des évolutions du droit, il semble au contraire opportun d’orienter celle-ci vers une analyse du contexte global du phénomène, afin de percevoir les tenants de cette généralisation conventionnelle. Or, il est manifestement celui qui accueille le présupposé suivant lequel l’image traditionnelle d’une société organisée sous l’égide d’un droit étatique autoritaire ne correspond plus à la réalité, le droit apparaissant ainsi aujourd’hui « *comme un droit éprouvé dans son efficacité et son*

effectivité »¹¹⁰. Moins de contrainte, plus de liberté, là serait la clé de voûte de la promotion du pouvoir des volontés. Mais pourquoi un tel constat d'échec ? Sans doute l'affaiblissement de la légitimité intrinsèque de l'autorité étatique (§ I) en est-elle à la source, tout comme l'avènement d'un post-modernisme dont l'antinomie avec la première ne peut être contestée (§ II).

§ I. LE DÉCLIN DE LA LÉGITIMITÉ INTRINSÈQUE DE L'AUTORITÉ ÉTATIQUE

36. Signe du déclin de l'État providence¹¹¹ (A), et consécutif à la perte de légitimité de la loi (B), ce processus traduit ainsi un changement de paradigme dans l'acception du binôme État-individu dont l'interférence avec le phénomène de contractualisation en droit des personnes ressort comme une évidence pour tout observateur scrupuleux.

A. Le déclin de l'État-providence

37. Méthode. Cette étude n'aura pas pour ambition de dresser ici un tableau exhaustif des différents facteurs ayant conduit au déclin de l'État providence. En revanche, elle doit permettre, par la mention de ceux les plus topiques, de décrire les maux dont a souffert ce modèle étatique (1) afin que soit mise ensuite en exergue la portée de cette « crise » (2) et son influence sur le droit des personnes.

1. L'accroissement de l'interventionnisme étatique

38. D'un droit protectionniste à un droit interventionniste. Historiquement, l'émergence de l'État-providence puise sa source dans le mouvement même de l'État-nation moderne. Ce modèle étatique constituerait ainsi « *un approfondissement et une extension de l'État-protecteur « classique* »¹¹², facilités par le développement des doctrines objectivistes,

¹¹⁰. J. CHEVALLIER, Vers un droit postmoderne ?, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 et s.

¹¹¹. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Introduction, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 9.

¹¹². P. ROSAVANLLON, *La crise de l'État-providence*, Ed. Seuil, 1981, p. 20.

orientées vers l'intérêt du groupe social, celles-ci ayant pour effet de faire descendre l'individu « *de la position centrale qu'il occupait sur la scène juridique* »¹¹³. L'expression « État-providence » est apparue sous la plume des auteurs à compter du milieu du XIX^{ème} siècle¹¹⁴, et signifie, au sens strict du terme, l'accapuration par l'État des fonctions de solidarité sociale¹¹⁵. Dans ces conditions, contrastant ainsi avec les pratiques étatiques antérieures, le droit, initialement conçu comme un droit de protection, s'est transformé en un droit d'intervention.¹¹⁶ Cette extension des fonctions étatiques a soumis l'État-providence à la nécessité de promouvoir « *la certitude de la providence étatique* », afin de se détacher de « *l'incertitude de la providence religieuse* »¹¹⁷. Pour parvenir à cet optimum, en plus d'être « *providence* », l'État est devenu « *interventionniste* »¹¹⁸. Sa sphère d'intervention n'a en effet cessé de croître au point qu'il est devenu le véritable « *tuteur de la société* »¹¹⁹.

2. L'apparition d'une crise de gouvernabilité

39. La crise de légitimité de l'action étatique. Jugées alors contraignantes et oppressives, l'ampleur et les modalités de l'action étatique ont été dénoncées. L'État a en effet été perçu comme omniprésent et son action comme annihilant les libertés individuelles, de sorte que la critique principale réside principalement dans la volonté populaire d'éradiquer tout interventionnisme liberticide. Seule doit demeurer l'action de garantie des libertés et des droits fondamentaux des personnes. Aussi, même si les origines de la crise de l'État-providence sont également à rechercher dans « *l'effritement des cadres hérités du passé* »¹²⁰, le sort de celui-ci a cependant été scellé sous l'impulsion des facteurs idéologiques, politiques et économiques de

¹¹³. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, série politique, 35, 2003, p. 97.

¹¹⁴. En ce sens P. ROSAVANLLON, *La crise de l'État-providence*, op. cit., p. 25, lequel indique que cette notion « *commence à apparaître vers le milieu du XIX^{ème} siècle sous la plume de certains auteurs dits de l' « économie politique chrétienne »* ».

¹¹⁵. « *L'État-providence doit d'abord être compris comme une radicalisation, c'est-à-dire une extension et un approfondissement de l'État-protecteur « classique »* : P. ROSAVANLLON, *La crise de l'État-providence*, op. cit., p. 23

¹¹⁶. V° J. CHEVALLIER, La rationalisation de la production juridique, in *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Ch.-A. MORAND (dir.), Paris, Publisud, 1991, p. 11.

¹¹⁷. P. ROSAVANLLON, *La crise de l'État-providence*, op. cit., p. 28.

¹¹⁸. S. GUÉRARD, Loi de programmation : Loi nouvelle ou contrat implicite ?, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 121..

¹¹⁹. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 25

¹²⁰. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 15.

la fin de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Initialement perçu « *comme un instrument destiné à résoudre les problèmes* » de la société, il a ainsi été considéré par beaucoup, dès les années 1970, comme le problème même¹²¹. En somme, en perte d'efficacité et en quête de légitimité, l'État-providence était vraisemblablement très tôt promis à un avenir particulièrement funeste. Entendue ainsi, la crise dont il a pâti est à interpréter comme une crise de gouvernabilité¹²². Ce qui est alors interrogée, c'est l'aptitude de l'État à imposer et à diriger les conduites humaines. Mais celle-ci ne saurait seulement être perçue comme une crise d'efficacité : elle est également une crise de rationalité.

B. La perte de légitimité de la règle juridique.

40. La rationalité de la règle juridique. Jouissant jusqu'à l'avènement de l'État-providence d'une aura incontestée (1), la loi se trouve désormais asservie à la réalisation d'objectifs économiques et sociaux, sa légitimité se trouvant dès lors subordonnée à son efficacité. À «*une légitimité fondée sur la régulation des processus, sur la conformité des conditions et des comportements, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises*»¹²³. Ainsi dépossédée de sa valeur intrinsèque, la règle de droit a été sommée de faire ses preuves. L'affaiblissement de la rationalité législative qui en résulte (2), doit être entendu comme l'un des facteurs de promotion du mécanisme contractuel.

1. La mystique originare de la loi.

41. L'évolution de la loi. Au Moyen-Âge, le christianisme devait « *poser les termes d'un humanisme toujours actuel, fondé sur l'égalité des êtres humains* », renforçant ainsi « *le lien entre la théologie et le droit* »¹²⁴. Mais, désireux d'émanciper le droit de toute tutelle théologique, certains auteurs, dès la Renaissance¹²⁵, se sont efforcés de soustraire la loi de

¹²¹. En ce sens, H. OWEN et C. SCHÜLTZE, *Setting National Priorities : the Next Ten Years*, Washington, The Brookings, september 1976, selon qui « *pour de nombreuses personnes, le problème c'est l'État lui-même* ».

¹²². J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 96, selon qui « *L'État, en s'immisçant directement dans le jeu social, en descendant dans l'arène, a perdu le privilège de la transcendance* ».

¹²³. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 19.

¹²⁴. P. ALBERTINI, *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, Lexis Nexis, Coll. Essais, 2015, p. 22.

¹²⁵. P. ALBERTINI, *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, op. cit., p. 24.

l'emprise religieuse à laquelle elle était jusque-là astreinte. Cette entreprise d'émancipation ne trouvera son achèvement définitif qu'au XVIIIème siècle sous l'œuvre de Montesquieu¹²⁶. Précurseur de la légistique¹²⁷, celui-ci « a ouvert la voie à la notion moderne de loi »¹²⁸. Dès lors, totalement détachée des considérations surnaturelles dont elle se trouvait jusqu'alors imprégnée, la loi s'est imposée d'une façon telle qu'une « mystique de la loi »¹²⁹ fut invoquée et cultivée. C'est ainsi que « la pensée juridique de notre pays, forgée par les principes de la Révolution, fut dominée, tout au long du XIXe siècle et au-delà, par le culte de la loi »¹³⁰. Cette légitimité, indiscutée jusqu'au milieu du XXème siècle, n'aura ensuite de cesse d'être pourfendue¹³¹. Aussi, l'État souffrant d'une crise d'efficacité, ce sont ses modes d'action autoritaires, et plus particulièrement la loi, qui feront l'objet des plus vives critiques.

2. L'affaiblissement de la rationalité juridique de la loi

42. Les facteurs de perte de légitimité de la loi. Les pathologies les plus régulièrement décrites dont souffrent les lois concernent aussi bien leur illisibilité que leur prolifération incessante. Ce qui est dénoncé, c'est alors plus précisément la dégradation de la production législative¹³², ainsi que la perte de stabilité consécutive à l'inflation normative¹³³. Or, l'inflation

¹²⁶. C'est en effet sous l'impulsion des travaux de Montesquieu que « la science politique se sépare enfin de la loi divine et de la morale. », P. ALBERTINI, *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, op. cit., p. 25.

¹²⁷. Voir en ce sens P. ALBERTINI, *ibid*, selon qui Montesquieu a opéré une véritable « révolution méthodologique », en étant l'un des précurseurs de la légistique.

¹²⁸. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 28-29.

¹²⁹. F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Odile Jacob, 1999, cité par P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 119 et p. 127 où l'auteur évoque l'idée d'un véritable « mythe » de la loi.

¹³⁰. P. ALBERTINI, *La crise de la loi*, op. cit., p. 36.

¹³¹. V° J. CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, préc., p. 96, selon qui « la vieille mystique de la Loi « expression de la volonté générale » a perdu beaucoup de sa crédibilité ».

¹³². Voir notamment en ce sens le Président du conseil constitutionnel, Jean-Louis DEBRÉ, déplorant le caractère imparfait des lois et évoquant des « bégaiements » ainsi que des « malfaçons législatives », J.-L. DEBRÉ, Vœux du Conseil constitutionnel au Président de la République, 6 janvier 2014, cité par P. ALBERTINI, *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, op. cit., p. 14 ; voir également dans le même sens J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Paris, 1996, p. 121 et s. Selon l'auteur, la loi « se fait évidemment bavarde, voire confuse, et aussi très instable, voire explicitement expérimentale », et d'ajouter que « le revers de cette inflation est ce que Carbonnier appelle la « pulvérisation du Droit en droits subjectifs » ».

¹³³. Cette prolifération des lois est caractéristique de l'action de l'État-providence. Antérieurement, celle-ci était limitée aux seules fonctions régaliennes. Mais l'interventionnisme étatique sans cesse croissant aura contribué à ce phénomène d'inflation normative. V° notamment sur cette question de l'inflation des lois, R. SAVATIER, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D. 1977. 43 ; S. GUÉRARD, *Loi de programmation : Loi nouvelle ou contrat implicite ?*, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 123, constatant que la loi,

déprécie toujours¹³⁴ : trop de lois tuent la loi. Portalis¹³⁵ soutenait ainsi déjà que l' « *on gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et celle surveillance dégènerait elle-même en inquisition* ». Aussi, alors que tout semble être devenu matière, ou prétexte à légiférer, d'aucuns y entraperçoivent très justement une « *véritable logorrhée législative* »¹³⁶. Ayant perdu ainsi son élégance initiale, la loi se trouve aujourd'hui mobilisée à l'excès, parfois stigmatisée, et peine à être entendue et reçue par ses destinataires. Or, la véritable élégance juridique n'est-ce pas bien plutôt la concision ? Aussi, en mal d'effectivité, l'action de l'autorité étatique devait alors évoluer. Mais faute de ne pouvoir demeurer assise sur la puissance intrinsèque de la règle juridique, celle-ci devait dès lors chercher à obtenir l'adhésion de ses destinataires. C'est notamment à cet égard que la perte de légitimité du modèle institutionnel a contribué à l'émergence du phénomène de contractualisation. C'est en effet parce que « *la réception de la loi par le corps social ne va plus de soi* », que la volonté individuelle a notamment pu s'épanouir.

43. L'importance incontestable de la loi. Cette extension des procédés conventionnels traduit-elle pour autant la supériorité du droit négocié sur le droit imposé¹³⁷ ? La présente étude devrait permettre d'opposer une réponse négative. Si la loi se trouve en effet concurrencée par d'autres modes de production normative, elle conserve cependant un rôle essentiel dans l'ordre juridique positif interne. Aussi semble-t-il excessif de parler de « crise » de la loi. C'est bien plutôt l'émergence d'une nouvelle assise de sa légitimité qui semble se profiler insidieusement consécutivement au déclin de l'État-moderne. La loi n'a donc rien perdu de sa puissance, même si elle doit désormais parfois prendre appui sur certains relais aptes à revigorer sa légitimité.

« *fort sollicitée sur un plan quantitatif* » est « *devenue plurielle dans son objet, au risque finalement de finir par être dénaturée en sa forme* » ; P. ALBERTINI, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, op. cit., p. 149 et s.

¹³⁴. Montesquieu avait ainsi déjà pu constater que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* » : Ch. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XXIX, Ch. 16.

¹³⁵. J.-E.-M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil, 1801.

¹³⁶. M. BREDIN, *Les maladies du droit*, Cour de cassation, Colloque, 2005.

¹³⁷. P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.* 2001.749 ; J. MESTRE et B. FAGES, Contrat et hiérarchie des normes, *RTD civ.* 2002.991 ; B. DE LAMY et P. DEUMIER, La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable, *LPA*, 9 oct. 2000, n°201, p. 8.

§ II. LA RECHERCHE D'UNE LÉGITIMITÉ PROCÉDURALE DE L'ACTION ÉTATIQUE

44. Mutation de l'assise de la contrainte institutionnelle. Alors que le droit imposé paraît, à bien des égards, au crépuscule de son existence, l'action de l'autorité a été sommée de s'adapter aux nouvelles exigences du corps social. Il est vrai que la société d'aujourd'hui n'est pas celle d'hier ; et assurément il serait bien hasardeux que de prophétiser ce qu'elle sera demain, le droit des personnes témoignant au demeurant avec une particulière justesse de ce caractère évolutif du cadre social et de son influence sur le droit. Quoiqu'il en soit, la société contemporaine est celle où l'individu occupe une place cardinale et aspire à une faculté croissante d'autodétermination, toute contrainte étant perçue comme liberticide. N'est-ce pas par exemple en ce sens que doit s'interpréter la consécration récente du mandat de protection future ? Nul n'en disconvient sans doute tant ce mécanisme tend manifestement à émanciper la personne de la tutelle institutionnelle en cas d'altération de ses facultés personnelles. Mais dans un tel contexte d'individuation de la société (A), où l'autorité peine à s'imposer unilatéralement, il est apparu nécessaire et urgent que l'action étatique trouve une nouvelle source de légitimité ; et elle l'a trouvée dans la logique consensuelle propre au contrat. (B)

A. L'individuation de la société

45. Le phénomène d'individuation de la société correspond à l'émergence de ce qu'il est communément permis d'appeler « *l'État post-moderne* »¹³⁸. Autrement dit, nul besoin de forcer beaucoup le trait pour considérer qu'État et droit constituent des réalités étroitement liées¹³⁹. Aussi n'y-a-t-il rien de surprenant à constater qu'à l'accroissement de l'individualisme (1), correspond l'émergence d'une réalité juridique nouvelle (2).

¹³⁸. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, préc., p. 19.

¹³⁹. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 89.

1. L'accroissement de l'individualisme

46. La subjectivisation du droit. Le débat sur la postmodernité est flou. Ce manque de clarté tient d'une part à la diversité des domaines où celle-ci est invoquée, et d'autre part, à l'ambiguïté du terme. À s'en tenir à une analyse littérale de celui-ci, la postmodernité ne serait autre que la suite de la modernité, son prolongement. Mais celle-ci doit-elle s'entendre d'une simple succession, opérant dans la continuité, ou s'agit-il plutôt d'un changement sociétal radical ? Le « post » de postmodernité paraît indiquer « *quelque chose comme une conversion : une nouvelle dimension après la précédente* »¹⁴⁰. Aussi semble-t-il possible d'évoquer un changement dans la continuité de la modernité. La mutation, consécutive à une déstabilisation des repères traditionnels et de la confiance en la forme étatique moderne, affecte l'État même et les modalités de son action. Quant à la continuité, il s'agirait plus exactement d'un approfondissement de l'individualisme¹⁴¹ né à l'époque moderne. Le droit post-moderne aurait ainsi vu s'épanouir un hyper-individualisme conjugué à une hyper-subjectivisation des droits.

Le post-modernisme constituerait ainsi un approfondissement des élans émancipateurs des années 1960. Autonomie, autodétermination et indépendance du sujet apparaissent donc les maîtres mots du phénomène d'individuation de la société construit sur le primat de l'individu. La valeur centrale du post-modernisme est ainsi, selon Gilles Lipovetski¹⁴², l'individualisme. Pour ce dernier, ce n'est cependant plus un individualisme autoritaire qui prévaut, signe d'une époque moderne, mais bien plutôt un individualisme hédoniste qui conduit « *à la légitimation de l'expression de soi, au droit à l'individu à se gouverner lui-même, à vivre pour lui-même* »¹⁴³. Le postmodernisme apparaît ainsi comme une « *sensibilité contemporaine, développée depuis la Seconde Guerre mondiale qui ne privilégie aucune autorité, méthode, paradigme* »¹⁴⁴.

¹⁴⁰. J.-F. LYOTARD, *Le post-modernisme expliqué aux enfants, Correspondances 1982-1985*, Galilée, 1986, pp.120-121.

¹⁴¹. Emblématique de la modernité, et exaltant les différences et les individualités, l'individualisme « *est aux antipodes* » de l'humanisme. En ce sens J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 19. Selon l'auteur, l'humanisme met au contraire l'accent « *sur l'existence d'un dénominateur commun, d'une commune « dignité » entre tous les hommes...* ».

¹⁴². G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide*, Folio Essais, Gallimard, 1983 et 1993.

¹⁴³. N. RIOU, En guide de postface...entretien avec Gilles Lipovetsky, in *Pub Fiction*, Éditions d'organisation, 2002, p.156.

¹⁴⁴. Y. GIORDANO, *Conduire un projet de recherche, une perspective qualitative*, Éditions EMS, Management et société, 2003, p.296.

Or, cette exacerbation de l'individualisme semble avoir remis en cause « *l'équilibre subtil entre l'espace politique démocratique et la sphère d'autonomie individuelle, qui est au cœur de la modernité* »¹⁴⁵. Alors que « l'ordre euclidien » de l'État décline, l'individu s'impose de plus en plus comme la « valeur cardinale » de la société, le supplantant ainsi. Emprunte de jus-naturalisme, une telle acception suppose que chacun, en raison de son humanité, dispose de droits subjectifs que l'État est tenu de garantir¹⁴⁶ et de respecter. Autant dire que le phénomène d'individuation de la société a permis l'émergence d'un ordre juridique nouveau bien plus subjectiviste.

2. Le nouvel ordre juridique

47. La re-féodalisation de la société. La postmodernité a ainsi rebattu les cartes de la régulation étatique, de sorte qu'au phénomène d'individuation de la société correspond l'émergence d'un nouvel ordre juridique construit sur « *l'idée selon laquelle le contrat permettrait de soustraire l'individu à l'emprise des statuts* »¹⁴⁷. Parfaitement conforme aux aspirations émancipatrices du libéralisme, il reposerait, non pas sur la verticalité de l'autorité, mais bien plutôt sur son horizontalité.

Ce changement de paradigme, caractéristique d'une organisation en réseaux de la société, et trouvant toute sa splendeur en droit des personnes, a pu être perçu par d'aucuns comme emportant une re-féodalisation de la société¹⁴⁸. L'organisation de la société en réseaux marquerait ainsi « *à l'évidence, non le stade suprême du contractualisme, mais une résurgence du féodalisme. Cette résurgence se manifeste par un double déplacement : de la loi au lien, et du souverain au suzerain* »¹⁴⁹.

¹⁴⁵. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 150.

¹⁴⁶. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., pp. 92-93.

¹⁴⁷. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Présentation, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, op. cit., p. 11, faisant référence à la loi prophétisée par Sumner Maine.

¹⁴⁸. Sur ce thème, A. SUPIOT, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in *Approche critique de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), Coll. Droit et Société, n° 16, LGDJ, 2007, p. 33.- Adde P. LEGENDRE, Remarques sur la re-féodalisation de la France, in *Études en l'honneur de Georges DUPUIS*, LGDJ, Paris, 1997, p. 201-211.

¹⁴⁹. A. SUPIOT, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, op. cit., p. 35.

48. De la loi au lien. Le phénomène de contractualisation en droit des personnes constitue sans nul doute l'un des exemples les plus topiques de cette évolution. Ce déplacement de la loi au lien, caractérisé par le « *foisonnement* » de nouveaux types de contrats, apparaît en effet comme l'une des conséquences de la conquête de ce champ disciplinaire par la rhétorique contractuelle. Ces nouveaux accords n'ont plus seulement pour objet d'obliger les parties à donner, faire ou ne pas faire quelque chose de déterminé, mais visent à instaurer entre elles un lien qui oblige l'une à se comporter conformément aux attentes de l'autre¹⁵⁰. Il en va notamment ainsi de l'accord des ex-époux sur la continuité de l'usage du nom marital, du mandat de protection future ou encore des mesures d'accompagnement social personnalisé. Il n'y aurait ainsi, dans cette perspective contractualiste, d'autres règles légitimes applicables aux individus que celles auxquelles ils ont consenti. Cette privatisation des normes, consécutive au processus de rejet de l'unilatéralité de la contrainte, s'est ainsi édifiée sur l'idée que chacun doit pouvoir choisir la loi qui lui convient - avoir la loi pour soi - et devenir son propre législateur - avoir soi pour loi -¹⁵¹. Mais pourquoi une telle destinée ? Pourquoi au destin funeste de la loi semble se profiler un avenir particulièrement radieux pour le contrat ? Nul besoin de forcer beaucoup le trait pour affirmer que sa légitimité intrinsèque participe à ce spectaculaire essor.

B. La promotion de la logique consensuelle

49. La légitimité intrinsèque du consentement. Aussi, si la loi ne peut plus imposer unilatéralement, elle peut en revanche tenter d'obtenir l'assentiment des individus à ses dispositions. Quoi de mieux alors que de faire appel à la logique consensuelle ? N'est-il pas fréquemment rappelé que le contrat est l'outil de liberté¹⁵² et d'égalité par excellence, et s'opposerait ainsi à la loi jugée contraignante et inégalitaire¹⁵³ ? Or, ainsi entendu, comment supposer qu'une fois acceptée et consentie, la contrainte puisse être reniée ? Admettre l'inverse serait à l'évidence un contre-sens. Aussi s'agissait-il pour le pouvoir institutionnel qu'émergent

¹⁵⁰. En ce sens A. SUPIOT, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵¹. A. SUPIOT, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵². P.-Y VERKINDT, Derrière le contrat, le lien, Préface, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵³. J. CHEVALLIER, Conclusion, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, préc, p. 183, selon lequel le contrat et l'institution sont a priori deux notions « *antithétiques* ».

de « *nouveaux modes de l'action publique par lesquels les détenteurs d'autorité recherchent le consentement de ceux qui doivent observer les règles (...)* »¹⁵⁴. Dans une telle perspective, l'accord faciliterait ainsi la prise de conscience des parties, laquelle aurait alors pour effet de réactiver la force obligatoire de la convention¹⁵⁵. D'aucuns évoquent ainsi très justement l'utilité de recourir à une nouvelle figure contractuelle : celle du "*contrat incantation*" ou du "*contrat alibi*"¹⁵⁶.

SECTION 2. LA PROMOTION DU DROIT NEGOCIÉ

50. Les facteurs de promotion. À l'amenuisement progressif du droit imposé semble donc correspondre la promotion corrélative du droit négocié. Mais pourquoi l'horizon du contrat semble-t-il sans nuage aucun ? Sans doute la réponse peut-elle être identifiée dans les termes justifiant sa parfaite antinomie avec le droit étatique. Plus précisément, tandis que ce dernier relève de l'ordre de la contrainte, de la verticalité, de l'objectivisme, de l'asservissement, le droit négocié reflète au contraire l'auto-détermination, l'horizontalité, le subjectivisme et la liberté. Formuler ainsi leurs caractéristiques réciproques, ce n'est autre que mettre en exergue la radicalité de leur opposition axiologique. En somme, là où le droit imposé semble ne souffrir que des défauts, le droit négocié se voit paré des qualités les plus vertueuses. Aussi n'y-a-t-il rien d'excessif à admettre que si le droit des personnes s'est également « *fait écho de cette évolution de l'action étatique qui de moins en moins contraint et impose mais de plus en plus négocie et convainc* »¹⁵⁷, c'est avant tout en ce que le contrat jouit d'une efficacité

¹⁵⁴. M.-A FRISON-ROCHE, Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^{ème} forum de la régulation, *LPA*, 03 mai 2005, n°87, p. 3.

¹⁵⁵. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 19.

¹⁵⁶. C.E., Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008, Jurisprudences et avis de 2007, *La Doc. Fr.*, p. 138.

¹⁵⁷. P. ROSAVANLLON, *La crise de l'État providence*, préc., p. 23.

intrinsèque (§ I) qui participe à l'évidence à en diversifier les fonctions, et *in fine*, accroître son attractivité (§ II).

§ I. L'EFFICACITÉ INTRINSÈQUE DU CONTRAT

51. La logique sous-jacente. Comprendre le sens et la portée d'une telle promotion contractuelle implique de ressaisir le contexte et la logique de celle-ci. Aussi après avoir analysé précédemment le premier de ces deux termes, reste-t-il alors désormais à déceler la logique sous-jacente à ce phénomène. Si la rhétorique consensuelle est ainsi appelée à prospérer sous la permission étatique, c'est qu'elle présente nécessairement certaines vertus et utilités qu'il convient de présenter. C'est ainsi que le contrat jouit d'une aura théorique et pratique fondées, tant sur sa supposée efficacité substantielle (A), que sur celle procédurale (B).

A. L'efficacité substantielle du contrat

52. Les soubassements. Il est un présupposé selon lequel le contrat serait un instrument souple et tout entier teinté de liberté. N'est-il pas en effet considéré parfaitement antithétique à la loi ? S'il n'est nullement besoin de revenir à nouveau ici sur cette caractéristique, encore convient-il de déceler quels peuvent être les soubassements d'une telle acception. Sans doute l'influence de la conception volontariste de l'acte contractuel ne peut-elle être ignorée tant ses postulats philosophiques (1) et le principe de liberté contractuelle (2) qui en découle semblent insuffler au contrat une coloration bien spécifique concourant à la diffusion de sa légitimité substantielle.

1. Une efficacité induite des postulats classiques du principe volontariste.

53. La toute-puissance de la volonté. À la rigidité et l'impérativité de l'institutionnel, les pouvoirs publics semblent en effet avoir succombé aux charmes de la souplesse du consensus contractuel. Si le contrat apparaît dès lors comme le curseur central du libéralisme,

c'est avant tout en ce qu'il est fondé sur l'idée commune qu'il serait l'outil d'égalité et de liberté par excellence. La force motrice sous-tendant cette acception est que la volonté est en soi suffisante pour faire la loi des parties et engendrer des effets nécessairement conformes aux intérêts légitimes des contractants, ainsi qu'à l'intérêt général. En somme, la volonté serait la clé de voûte de l'architecture contractuelle. Entendue ainsi, elle ressort dès lors comme étant à la fois la source et la mesure du contrat¹⁵⁸ : elle en est « *le siège unique* »¹⁵⁹.

Mais si cette approche volontariste¹⁶⁰ s'est imposée sur le devant de la scène contractuelle post-moderne, c'est avant tout au regard de la conformité de ses fondements avec l'hyper individualisme qui la caractérise. En effet, si le principe autonomiste¹⁶¹ repose sur l'idée de la toute-puissance de la volonté c'est que sa construction part du postulat de la liberté naturelle des individus¹⁶². Dans une telle perspective, un lien d'obligation ne peut naître que s'il a été voulu : « *vouloir être obligé et n'être obligé que parce qu'on le veut* »¹⁶³, de sorte que nul ne saurait être assujéti à des obligations auxquelles il n'a pas consenti¹⁶⁴.

¹⁵⁸. Il s'agit là du sens originel du principe de l'autonomie de la volonté, tel qu'Emmanuel Gounot l'a fixé : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* ; Thèse dactyl., Dijon, 1912.

¹⁵⁹. A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Coll. Domat, Droit privé, 10^{ème} éd., 2005, p. 18.

¹⁶⁰. V^o notamment sur ce point, E. PUTMAN, Kant et la théorie du contrat, *Rev. de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1996.

¹⁶¹. La théorie de l'autonomie de la volonté puise sa source dans l'existence de droits naturels de l'homme, en vertu desquels l'homme, à l'état de nature est libre. L'idée de liberté primordiale a été avancée par différents auteurs, au premier rang desquels se situent Grotius (notion de jus gentium), Locke (notion de loi naturelle). Celle-ci a également été développée dans l'approche Rousseauiste. Pour une étude de cette notion, v^o notamment, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. op. cit. ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF 1980 ; P. GANNAGE, La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, *Rev. crit. DIP*, 1992.425 ; J.-Y. CARLIER, Autonomie de la volonté et statut personnel, *Rev. crit. DIP*, 1993.519 ; L. LEVENEUR, La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), *AJDA* 1998.676 ; G. GUYET, *Le concept d'autonomie dans les obligations privées*, Thèse dactyl. Bordeaux 4, 2012.

¹⁶². Cette acception s'est concrétisée dans l'affirmation des droits individuels contre l'État ainsi que dans la déclaration de 1789. V^o, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique*, Armand Colin, éd. Dalloz, 2000, 9^{ème} éd, p. 66.

¹⁶³. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, préc., n^o6, p. 4. Sans nous attarder pour l'instant sur la valeur de l'autonomie de la volonté, la simple lecture du Code civil nous révèle l'inexactitude d'une telle affirmation. Au Titre III du Livre III, consacré aux obligations conventionnelles, succède un Titre IV, expressément intitulé « Des engagements qui se forment sans convention ». Il est évident qu'en matière délictuelle et quasi-contractuelle, ce n'est pas la volonté, mais la loi qui donne naissance à l'obligation mise à la charge du débiteur.

¹⁶⁴. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique, op. cit.*, n^o 97, p. 66, selon lesquels de telles obligations risqueraient alors d'être « *tyranniques* ».

54. La liberté naturelle de l'homme. Selon ce courant de pensée en effet, les hommes naissent libres et ne sont, à l'origine, soumis à aucun d'entre eux. Nécessairement raisonnables, ils tombent alors en accord pour constituer une société qui leur profitera à tous. L'autonomie de la volonté ne saurait pour autant signifier qu'aucune règle hétéronome ne doit exister, puisque le maintien de la cohésion sociale en exige nécessairement, mais bien plutôt que tout abandon de la liberté doit demeurer exceptionnel et librement consenti, « *dans les limites et sous les conditions que ce « contrat social » a déterminées* »¹⁶⁵. Et si les individus ne sont soumis qu'aux obligations auxquelles ils ont consenti, ils doivent en revanche exécuter toute obligation ainsi acceptée¹⁶⁶. On retrouve ici la fameuse maxime « *pacta sunt servanda* », sous-tendue dans les dispositions de l'article 1103 du Code civil¹⁶⁷. « *Être libre, c'est être admis à restreindre soi-même sa liberté, spécialement par les contrats que l'on conclut* »¹⁶⁸. Aussi, le contrat peut-il emporter la soumission d'un contractant au pouvoir de contrainte de l'autre, ou de la loi ; mais son consentement rend alors à ses yeux la contrainte davantage légitime. Là réside à l'évidence l'un des paradoxes du contrat : consentir pour s'asservir ou exprimer sa liberté de se lier. Pour autant, même si un tel résultat peut parfois être atteint, encore convient-il de relever que le régime juridique construit sur le prisme de l'autonomie de la volonté reflète bien plus la liberté des contractants, et partant la légitimité intrinsèque de l'acte.

2. Une efficacité confortée par le principe de liberté contractuelle

55. La portée du principe de l'autonomie de la volonté. Le principe de l'autonomie de la volonté constitue « *ce qu'il est désormais convenu d'appeler une « théorie », c'est-à-dire une construction de l'esprit, apte à traduire ou synthétiser, en quelques règles et principes, le contenu et peut-être surtout l'esprit de la matière* »¹⁶⁹. Elle repose « *sur la consécration du*

¹⁶⁵. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°6, pp. 4-5.

¹⁶⁶. Le contrat tient lieu de loi aux parties. V° notamment sur cet aspect, L. AYNÈS, *Le contrat, loi des parties, Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2005, n°17.

¹⁶⁷. Cet article indique en effet que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

¹⁶⁸. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 97, p. 66.

¹⁶⁹. F. CHÉNEDÉ, *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : Du mythe à la réalité ?*, *Droit et Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol.4-2012. L'auteur ajoute que cette théorie peut être perçue soit d'une manière descriptive, soit prescriptive, visant alors à promouvoir un certain droit des contrats. On parlerait alors « *de doctrine de l'autonomie de la volonté* ».

pouvoir de l'homme de s'obliger par l'effet de sa seule volonté »¹⁷⁰ et de n'être obligé que de la sorte. Autrement dit, il doit demeurer libre de conclure ou non l'accord, et de choisir son cocontractant. De même, sous l'exception des dispositions de l'article 6 du Code civil, « *le nombre et le genre des contrats qui peuvent être conclus ne sont pas limités* »¹⁷¹ et les parties peuvent librement déterminer le contenu de l'acte et l'étendue de leurs obligations. Dans une telle perspective, toute interférence hétéronome doit nécessairement activer les radars et éveiller la suspicion. En somme, aucune « *considération étrangère à la volonté* »¹⁷² des parties ne devrait jamais survenir. Sans doute de telles orientations, même si les développements futurs contribueront à révéler l'illusion, ont-elles participé à revêtir le contrat du costume de l'apparence d'une légitimité substantielle. Mais qu'en est-il alors de sa présumée légitimité procédurale ?

B. L'efficacité procédurale du contrat

56. Le primat de l'accord de volontés. L'efficacité procédurale du contrat, à l'étude de laquelle le droit s'attache spécialement, dépend des procédures, des techniques de participation mises en œuvre. Symbole de fidélité et de prévisibilité¹⁷³, « *le contrat symbolise une rationalité procédurale qui encourage le dialogue dans un environnement sincère et loyal* »¹⁷⁴. Celle-ci trouve assise sur l'existence du consentement, et donc sur l'accord des volontés des parties contractantes. Ce dernier, reposant sur un schéma classique (1), est nécessairement, a-t-on pour habitude de dire, conforme aux intérêts des parties (2). C'est de cette acception que la rhétorique contractuelle, s'étant propagée dans le champ juridique à compter du XX^{ème} siècle, tire sa principale justification.

¹⁷⁰. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique, op. cit.*, p. 67.

¹⁷¹. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *ibid.*

¹⁷². J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *ibid.*

¹⁷³. En ce sens, M. MEKKI, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC*, 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 297.

¹⁷⁴. J. CAILLOSSE, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in *Le droit contemporain des contrats, Travaux et recherches Fac. droit Rennes (1987)*, L. CADIET (dir.), p. 96 et s. ; Voir également, M. HECQUARD-THÉRON, La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention, *AJDA* 1993, p. 451 et s.

1. Le schéma classique de formation de l'accord de volontés

57. Les négociations. « *Un mot d'ordre : qui dit contractuel, dit proximité et qui dit proximité dit individualisation* »¹⁷⁵. Cette affirmation illustre parfaitement l'intérêt suscité par le processus de négociation¹⁷⁶. Plus précisément, dès lors qu'il est laissé toute latitude aux parties pour convenir ensemble de la teneur de leur accord, il est un présupposé selon lequel le contrat jouirait alors d'une légitimité procédurale inébranlable. Entendue ainsi, la formation du contrat reposerait sur la manifestation de volonté de contracter de l'une des parties, dite « pollicitation »¹⁷⁷, et qui précède nécessairement celle de l'autre contractant dénommée « acceptation », celle-ci n'étant que « *l'expression définitive du destinataire de l'offre, de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant, et à ces conditions seulement* »¹⁷⁸. Encore convient-il de noter que ce schéma classique¹⁷⁹ est bien souvent absent du processus de formation des accords en droit des personnes. À l'évidence, lorsqu'une personne consent à devenir le sujet d'une expérience scientifique, ou que soient prélevés certains de ses matériaux biologiques, elle ne fait qu'adhérer à un contenu conventionnel prédéfini, aucune marge de négociation n'existant alors. Dans la même perspective, l'individu qui conclut une mesure d'accompagnement social personnalisé ne dispose d'aucune latitude dans la détermination de ses obligations et de ses droits. Sans tomber à ce stade de l'étude dans les travers d'une litanie, il convient simplement de constater que ces exemples topiques semblent illustrer une réalité nouvelle qui, même si elle était auparavant perçue comme une excentricité juridique, est aujourd'hui expressément prévue par le Code civil¹⁸⁰ : les contrats « d'adhésion »¹⁸¹. Encore que cette qualification semble devoir être battue en brèche dès lors qu'en ces hypothèses, le contenu n'est pas déterminé unilatéralement par le contractant fort, mais par le législateur.

¹⁷⁵. M. MEKKI, *Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire*, art. *op. cit.*, p. 297.

¹⁷⁶. En droit des personnes, cette phase est parfois absente, les volontés s'exprimant alors simultanément. Il en est notamment ainsi relativement à la dénomination de l'enfant, ou encore en matière d'assistance médicale à la procréation.

¹⁷⁷. Le terme « pollicitation » trouve son origine dans le droit romain, où il correspondait à une promesse de non-réalisée par un candidat à une magistrature municipale.

¹⁷⁸. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique*, préc., n°146, p. 97.

¹⁷⁹. L'article 1113 du code civil indique ainsi que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ».

¹⁸⁰. C. civ., art. 1110, al. 2 : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Il se trouve opposé au contrat de gré à gré dans lequel les parties conviennent librement et ensemble du contenu de l'acte (c. civ., art. 1110, al. 1).

¹⁸¹. Les contrats d'adhésion sont ainsi devenus légion dans divers domaines, tel notamment en droit du travail ou en droit de la consommation.

Aussi s'agit-il bien plutôt d'accords de volontés réglementés conformément aux exigences de l'intérêt général. Encore ne faudrait-il pas croire que seule cette forme consensuelle nouvelle puisse être décelée, puisqu'en bien des hypothèses, le schéma classique des négociations se retrouve aisément. Tel est le cas notamment des différents accords par lesquels une personne concède à autrui un droit sur l'un de ses attributs extrapatrimoniaux de la personnalité, tels l'image, le nom, la voix, ou la vie privée.

2- La supposée conformité de l'accord aux intérêts légitimes des parties

58. La justice contractuelle. Selon les tenants du libéralisme économique, l'accord de volontés, et donc le contrat, permettent d'atteindre l'optimum des échanges économiques¹⁸². « *Le libre jeu des initiatives individuelles assure spontanément la prospérité et l'équilibre économique* »¹⁸³. Conformément à cette acception, la liberté permettrait ainsi aux intérêts légitimes de s'équilibrer réciproquement, de sorte qu'assurer son respect constituerait le moyen le plus efficace de satisfaction de l'intérêt général, composé lui-même de la somme des intérêts particuliers. Mais plus qu'à l'intérêt général encore, c'est aux intérêts des parties mêmes que l'accord de volontés est réputé satisfaire. Nul ne semble en effet pouvoir vouloir ce qui est contraire à ses intérêts. C'est ce que souligne la célèbre formule de Fouillée : « *Qui dit contractuel, dit juste* »¹⁸⁴. Mais quel sens précis accorder à un tel postulat ? Selon la thèse d'Emmanuel Gounot, cette acception signifie que la volonté individuelle « *jouit dans l'exercice de cette autonomie, d'une liberté absolue* »¹⁸⁵.

59. La déraison humaine. Dans une telle perspective, l'intervention étatique doit demeurer exceptionnelle et justifiée par la sauvegarde de l'intérêt général, les intérêts privés des parties étant assurés par leurs volontés respectives. À peine écrite, l'hérésie d'une telle acception surgit : n'est-il pas en effet dangereux de supposer la raison humaine toujours

¹⁸². En ce sens, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 8, p. 5.

¹⁸³. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique*, op. cit., n° 98, p. 66.

¹⁸⁴. A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410. V° également sur cette affirmation, J.-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007.281.

¹⁸⁵. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. préc., p. 73.

« raisonnable »¹⁸⁶ ? Certaines influences extérieures aux hommes, certaines passions et complexions ne sont-elles jamais la source de décisions contraires à leurs propres intérêts ? Bien évidemment, seule une réponse affirmative semble s'imposer, permettant ainsi de douter de la pertinence de la légitimité procédurale du contrat, même si elle a très certainement participé à l'extension du pavillon contractuel.

§ II. LA DIVERSIFICATION DES FONCTIONS DU CONTRAT

60. L'instrumentalisation du contrat. Le droit français, depuis la seconde moitié du XXème siècle, s'est ainsi trouvé irradié par « *une authentique rhétorique contractuelle* »¹⁸⁷ dont la légitimité procédurale a parfaitement été perçue par le pouvoir institutionnel. À défaut de pouvoir contraindre unilatéralement, la loi s'appuie désormais sur le consentement conventionnel pour diriger les conduites humaines. Le contrat ressort ainsi aujourd'hui comme un mécanisme utile à la régulation sociale (A) en ce qu'il se trouve mobilisé en tant que vecteur d'une légitimité nouvelle de la loi (B).

A. Le contrat : un mécanisme au service de la régulation sociale

61. Les contrats pédagogiques¹⁸⁸. L'utilité des contrats n'est pas unique, et le phénomène de contractualisation du droit a, à l'évidence, participé à en diversifier les fonctions. Il a été dit plus en amont qu'à côté du traditionnel contrat échange s'est développé celui

¹⁸⁶. En ce sens, J.-J. BURLAMAQUI, *Notes de Fortuné Barthélemy de Félice et Toussaint-Ange Cotelle, Principes du droit de la nature et des gens et du droit public général*, Vol. 1, Paris, 1821, Nouvelle Edition, p. 201.

¹⁸⁷. M. MEKKI, *Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire*, art. préc., p. 297.

¹⁸⁸. Sur ceux-ci : J. ROCHFELD, *La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique »*, in *Repenser le contrat*, M. XIFARAS et G. LEWCOWICZ (dir.), préc., pp. 294-308, et du même auteur, *Le PARE ou les virtualités du contrat pédagogique*, *RDC* 2005/2, p. 257 et s.

permettant l'établissement d'un lien¹⁸⁹ dont la théorisation est l'œuvre de Ian R. Macneil¹⁹⁰. En revanche, il convient de relever ici qu'à côté de la figure traditionnelle créatrice d'obligations, s'est développée une catégorie d'accords de volontés n'emportant la création d'aucune obligation nouvelle¹⁹¹, mais permettant simplement le rappel aux individus d'obligations légales préexistantes¹⁹² : les contrats pédagogiques¹⁹³. Il en va notamment ainsi lorsque les pouvoirs publics soumettent les parents d'un enfant en situation d'absentéisme scolaire à la signature d'un contrat de responsabilité parentale sous peine de perdre leurs droits aux allocations familiales. Un tel contrat¹⁹⁴ permet ainsi à l'État de rappeler aux parents leurs obligations légales afin de prévenir l'insécurité due à la délinquance juvénile qui pourrait résulter d'une telle situation¹⁹⁵. Toutefois, à la différence du plan d'aide de retour à l'emploi, dont la nature contractuelle a par ailleurs été parfois jurisprudentiellement contestée¹⁹⁶, le

¹⁸⁹. Ils sont communément appelés contrats « relationnels ». V° sur ce point, L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, R.-N. SCHÜTZ (préf.), LGDJ, Coll. Droit et Sciences sociales, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2016, p. 219 et s.- *Adde* sur leur origine, L. AYNÈS, Rapport de synthèse, in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), Dalloz, 2008, p. 157.

¹⁹⁰. C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005, spéc. n° 200. Macneil oppose ainsi les approches transactionnelles et celles relationnelles. Alors que les premières reposent sur des opérations ponctuelles, les secondes s'inscrivent dans le temps et « s'intéressent à l'ensemble de la relation entre les partenaires et non pas seulement à un accord spécifique » : L. AMBROISE, I. MAQUE et I. PRIM-ALLAZ, Ian Macneil et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse de la valeur relationnelle pour l'ensemble des domaines de gestion, Congrès de l'AIMS, Juin 2009, Grenoble.

¹⁹¹. Si ce contrat « crée une règle, (il) ne crée pas de nouvelles obligations. » : S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 19.

¹⁹². En ce sens P. ANCEL L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?, in *La contractualisation de la production normative*, op. cit., pp. 319.-320. L'auteur constate ainsi que dans ce type d'accords, la bilatéralité n'est qu'illusoire.- *Adde*, J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique », in *Repenser le contrat*, M. XIFARAS et G. LEWKOVIC (dir.), Centre Perelman, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, p. 294 et s.

¹⁹³. Sur ce point, J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique », in *Repenser le contrat*, op. cit., p. 294.

¹⁹⁴. Le contrat de responsabilité parentale a été créé par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, JO 2 avr. 2006, p. 4950 ; sur ce dispositif, v° notamment, J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique », préc., p. 298 et du même auteure, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique, *RDC* 2006. 665 et Contrat, responsabilité, parenté : un mélange détonnant, *RTD civ.* 2006. 395 ; F. ROLIN, Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le contrat de responsabilité parentale, *RDC* 2006. 849 et du même auteur, Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, *RDSS* 2007. 38 ; B. BEIGNIER, La famille entre autorité parentale et autorité de l'État, *Dr. fam.*, n° 2, 2006. 1.

¹⁹⁵. H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, Thèse Toulon, E. PAILLET (dir.), 2000, n° 141, p. 90.

¹⁹⁶. Le Conseil d'État a ainsi rejeté la qualification contractuelle du PARE considérant qu'il ne crée aucune obligation nouvelle : CE, 11 juillet 2001, Paris, Francis Lefebvre, *Rev. de jurisp. soc.*, 2001, n° 1157 et 1168. - V° également Cass. soc. 31 janv. 2007, n° 04-19. 464, *Bull. civ.* V, n° 15 ; D. 2007. 988, Rapp. J. CHAUVIRE et p. 1469, note C. WILLMANN ; *RTD civ.* 2007. 503, obs. P. JACQUES ; *RDC* 2007. 1085, obs. J. ROCHFELD et

contrat de responsabilité parentale crée une nouvelle norme en ce qu'il prévoit une sanction : la possibilité de suspendre le versement des allocations familiales¹⁹⁷. Un tel raisonnement peut de même être poursuivi, en droit des personnes, s'agissant des mesures d'accompagnement social personnalisé¹⁹⁸ puisqu'elles participent à contractualiser la gestion des ressources du bénéficiaire de prestations sociales afin de le responsabiliser, lequel emporte également la création d'une sanction : le versement des prestations sociales directement auprès du propriétaire de son logement¹⁹⁹ s'il n'a pas versé de loyer depuis plus de deux mois. En outre, le contrat peut également prévoir des actions en faveur de l'insertion sociale du bénéficiaire, de sorte que sa normativité ne saurait être contestée. Néanmoins comment ne pas entrevoir l'artifice sous-jacent ? Que sont réellement ces nouveaux avatars ? Leur suffit-il de revêtir le costume du contrat pour être contractuels²⁰⁰ ? Or, sans se prononcer à ce stade de l'étude sur leur qualification réelle, un constat s'impose cependant : ces accords semblent n'être que de simples instruments permettant d'obtenir que les individus, loin de s'opposer aux exigences de l'ordre public, se les approprient et organisent eux-mêmes leur soumission à ces prescriptions²⁰¹. Aussi ce changement de paradigme, topique de l'affaiblissement de la loi dans la hiérarchie des normes²⁰², semble-t-il se situer non pas « *dans un désengagement de l'État mais dans une transformation de son action sociale* »²⁰³, et individuelle. Est ainsi construit un nouveau registre de l'allégeance des individus à la norme légale se fondant sur la négociation

du même auteur, La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique », *op. cit.*, note 20, p. 302. - *Contra*, pour la qualification contractuelle du PARE, v° notamment TGI Marseille, 15 avril 2004, *RJS* 2004/6, n° 729, *Dr. soc.* 2004. 541, note A. SUPIOT ; *RTD civ.* 2004. 594, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; *RDC* 2005. 257, obs. J. ROCHFELD.

¹⁹⁷. J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique », *op. cit.*, p. 300.

¹⁹⁸. Une telle mesure a été instaurée par la loi du 5 mars 2007, laquelle est venue insérer un titre VII dans le livre II du code de l'action sociale et des familles, laquelle prend la forme d'un « contrat » : Sur celle-ci, v° L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préc., p. 115 et s.

¹⁹⁹. CASF, art. L. 271-5, al. 1 : « *En cas de refus par l'intéressé du contrat d'accompagnement social personnalisé ou de non-respect de ses clauses, le président du conseil départemental peut demander au juge d'instance que soit procédé au versement direct, chaque mois, au bailleur, des prestations sociales dont l'intéressé est bénéficiaire à hauteur du montant du loyer et des charges locatives dont il est redevable* ».

²⁰⁰. J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du contrat pédagogique, *op. cit.*, p. 307.

²⁰¹. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p.168.

²⁰². J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du contrat pédagogique, *ibid.*

²⁰³. H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille* Th. *op. cit.*, n° 20-22, pp. 18-19.

et le consensus plutôt que sur l'unilatéralisme et l'autorité²⁰⁴. C'est ainsi par le prisme du consentement et une habile « *instrumentalisation du contrat* »²⁰⁵ que la règle de droit paraît retrouver une certaine légitimité.

B. Le contrat : vecteur d'une légitimité nouvelle de la loi.

62. Le pouvoir légitimant de la volonté. Désigner ces nouveaux avatars de « contrats pédagogiques » n'est-ce pas concéder beaucoup de puissance aux mots ? Il semble en effet que le terme « contrat » réfère ici davantage à l'importance de la rhétorique contractuelle, et plus particulièrement au consentement, bien plus qu'au régime général de l'acte²⁰⁶. Autrement dit, référer au contrat n'est-ce pas finalement qu'une façon habile « *de parler, d'évoquer une certaine manière d'intégrer les destinataires et leurs intérêts propres dans l'élaboration de la règle* »²⁰⁷. Probablement en partie, tant ces figures atypiques contrastent avec celle classique du droit commun. Aussi n'y-a-t-il rien d'hérétique à soutenir que si contrat il y a, il ressort aujourd'hui comme un précieux « *soutien* » à la loi, « *en participant à sa mise en œuvre* »²⁰⁸. D'aucuns²⁰⁹ ont par ailleurs à cet égard pu souligner que la production normative se caractérisait dès lors bien plus par une « *interpénétration croissante des sources hétéronomes et autonomes du droit, par un enchevêtrement de la norme prescrite et de la norme convenue,* » l'une et l'autre pouvant être mobilisées au service d'un même projet normatif. En ce sens, le Professeur

²⁰⁴. L'émergence du contrat serait ainsi « *le pendant d'une dégénérescence de la loi et de l'inadéquation de l'instrument législatif.* ». S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, p. 23.

²⁰⁵. J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du contrat pédagogique, *op. cit.*, p. 300.

²⁰⁶. Encore convient-il de noter, à l'égard de la mesure d'accompagnement social personnalisé, le code de l'action sociale et des familles évoque clairement qu'il s'agit d'un « contrat ». V° notamment art. L. 271-1, L. 271-2 et L. 271-5.

²⁰⁷. M.-A. FRISON-ROCHE, Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^{ème} forum de la régulation, *LPA*, 03 mai 2005, p. 6. Cette instrumentalisation du contrat met en lumière l'importance attachée « *à la mystique contractuelle* » : P. ANCEL, L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?, in *La contractualisation de la production normative, préc.*, p. 317.

²⁰⁸. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, p. 17 ; P. PUIG, Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative, in *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, p. 303, indiquant que « *la loi contractualisée bénéficie parfois, grâce au relais contractuel, d'un surcroît d'obligatorité.* » Et d'ajouter que le contrat devient le « *stimulateur* » de la loi.

²⁰⁹. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *ibid.*, p. 4

Mekki²¹⁰ a pu souligner, s'agissant du contrat de responsabilité parentale, que l'une de ses fonctions principales était la sensibilisation des individus afin de les confronter à leurs responsabilités. En revanche, il indique que ce type de contrat n'aurait qu'une fonction « *expressive* » et non « *normative* », en ce qu'il exprimerait simplement « *la règle de droit préexistante avec d'autres termes et par le biais d'un processus individualisé d'échange des consentements, le sujet de droit devenant ainsi gestionnaire de ses devoirs* ». La même réflexion peut être poursuivie à l'égard des mesures d'accompagnement sociale personnalisé où le consentement du bénéficiaire des prestations vise principalement à le responsabiliser et lui offrir un cadre pour rationaliser la gestion de ses ressources, même si, comme il a été dit plus en amont, elles emportent effectivement la création d'une norme nouvelle, les rapprochant dès lors un peu plus de la qualification contractuelle.

L'efficacité intrinsèque du contrat permettrait ainsi que la normativité autoritaire soit transmuée en normativité contractuelle²¹¹, particulièrement symptomatique d'une réhabilitation de la volonté²¹² comme mode de légitimation de la norme et du « *passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur l'accord de volontés* »²¹³. À l'autorité et l'unilatéralisme se sont ainsi substitués la liberté et le bilatéralisme. En somme, l'assentiment de la personne permet de la soustraire à l'asservissement vertical des règles légales. Plus précisément le contractant organise-t-il lui-même sa propre soumission par l'effet de son consentement. À l'évidence, la conclusion d'un tel accord a pour objectif de rappeler aux personnes leurs obligations légales, la convention étant alors ici le relais utile et servile de la loi, puisqu'une règle acceptée doit vraisemblablement être mieux respectée qu'une imposée, de sorte que le contrat oscille « *entre instrumentalisation et idéalisation* »²¹⁴. Aussi, *in fine*, le droit post-

²¹⁰. M. MEKKI, Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, *op. cit.*, pp. 340-341.

²¹¹. N. DION, L'aventure de la médiation, *LPA*, 29 juillet 2003 n° 150. De même, a été évoquée l'idée d'une « *contractualisation de la production normative* », voir en ce sens l'ouvrage collectif *La contractualisation de la production normative*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), préc.

²¹². Toutefois, le consentement n'apparaît ici que comme facteur de détachement lequel se déroulera ensuite selon des modalités très strictes, voire formalistes, où les volontés individuelles n'ont pour ainsi dire pas de prise sur la détermination du contenu des obligations respectives de chacun. Comme pour l'expérimentation biomédicale, le don d'éléments corporels présuppose une manifestation de volontés, mais celle-ci ne déploie ses effets que dans un cadre légal extrêmement strict.

²¹³. J. CHEVALLIER, Contractualisation et régulation, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 125.

²¹⁴. A. BATTEUR, Contrat et mesures de protection, *La semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 36, 5 septembre 2008, 1275, Dossier – *Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*.

moderne semble devoir être entendu « *non plus d'un repli de la régulation juridique au profit d'autres modes de régulation sociale, mais d'un réajustement de ses modalités* », caractérisé par la promotion du droit négocié et l'émergence de modes nouveaux de direction des conduites humaines. Il est dès lors fait plus de place à la régulation privée, et donc au contrat, de même que la régulation publique semble davantage mobiliser les techniques contractuelles afin d'influer sur les comportements sociaux²¹⁵. Évoquer ainsi aujourd'hui le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle en droit des personnes c'est ainsi plus simplement mettre en exergue la possibilité pour le contrat d'être un haut lieu de production normative.

63. Conclusion de Chapitre. L'existence de la contrainte autoritaire n'est pas un long fleuve tranquille ; et au crépuscule du droit imposé semble correspondre l'aube du droit négocié. Tandis que le premier pâtit d'une crise de légitimité et d'autorité consubstantielles à la critique de l'État-providence, le second jouit au contraire d'une efficacité intrinsèque topique du post-modernisme et qui participe à son expansion et sa diversification exponentielles. Il a en effet été démontré qu'à l'autorité, l'unilatéralité et la verticalité de la loi, ont été préférées et substituées la liberté, la bilatéralité et l'horizontalité du droit négocié. Moins de contrainte, plus d'autonomie, tel pourrait alors être l'âme qui anime la contractualisation en droit des personnes.

64. L'émergence de procédés d'asservissement consensuel. Mais l'illusion n'est-elle pas trompeuse ? Les accords de volontés sont-ils réellement émancipateurs ? À l'évidence, la figure des contrats pédagogiques permet que des réserves soient émises, tant ils apparaissent bien plutôt comme des modes d'asservissement consensuel. Comment dès lors, derrière cette vitrine terminologique, ne pas entrapercevoir le génie des mots ? Le consentement, loin d'exalter l'autonomie de la personne, semble dans bien des hypothèses n'être qu'un vecteur transcendantal de la loi. Il n'y a alors rien de surprenant à ce que l'émergence de nouvelles figures conventionnelles intrigue et inquiète parfois même les esprits les plus optimistes. Encore qu'une certaine mesure doive être adoptée puisque l'accroissement du droit négocié en droit des personnes ne saurait se limiter à ces seules excentricités.

²¹⁵. En ce sens : J. CHEVALLIER, Contractualisation et régulation, in *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, p. 188.

65. L'existence d'un paradigme nouveau. Mais fondamentalement une question demeure : comment raisonnablement appréhender ce processus d'effritement du droit imposé au profit du droit négocié ? Est-ce l'avènement d'un paradigme nouveau qui illustrerait « *le mouvement de balancier* »²¹⁶ qui animerait les sphères institutionnelle et contractuelle ? Ou n'est-ce qu'une fluctuation passagère du temps juridique ? Si à l'évidence, seul l'avenir pourra offrir une réponse effective à l'interrogation, encore convient-il d'admettre que si l'opposition axiologique entre le droit imposé et le droit négocié a longtemps été vécue comme une certitude, force est de constater que le phénomène de contractualisation du droit semble, a minima, participer à accroître la porosité de leur ligne de démarcation. Or, l'analyse devant nécessairement ensuite glisser du général vers le spécial, l'examen des implications pratiques du processus sur le droit des personnes doit dès lors être mené.

²¹⁶. B. BASDEVANT-GAUDEMET, Avant-propos, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, préc., p. 4.

CHAPITRE II. LA PORTÉE PRATIQUE DU DÉVELOPPEMENT DES VOLONTÉS INDIVIDUELLES

66. La bipartition des droits subjectifs. Le phénomène de subjectivisation touchant le droit des personnes depuis le milieu du XX^{ème} siècle a pour corollaire le pullulement des droits subjectifs²¹⁷, constitués des prérogatives reconnues à l'individu par la règle de droit²¹⁸, et donc le droit objectif²¹⁹. Traditionnellement, les droits subjectifs se divisent en deux catégories : prérogatives patrimoniales d'un côté, et prérogatives extrapatrimoniales de l'autre²²⁰. Si les premières n'intéressent pas directement l'étude du phénomène de contractualisation en droit des personnes, les secondes y sont en revanche placées au cœur. Ces dernières apparaissent en effet comme consubstantielles à l'individu, « *existant par et pour la personne de leur titulaire* »²²¹. Cette acception justifie que ces droits ne soient pas évaluables en argent²²², et qu'en conséquence ils soient indisponibles²²³, permettant ainsi à leur titulaire de protéger son

²¹⁷. En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 276.

²¹⁸. Il a en effet été démontré que « *les droits subjectifs sont les prérogatives – on dit aussi les intérêts – que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit, ce qui explique l'expression de droits subjectifs* » : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, n°255. C'est également en ce sens que Dabin décrit la notion. Le droit subjectif constitue pour lui une « *prérogative concédée par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir soit comme bien soit comme dû* » : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Préf. de Ch. ATIAS, Dalloz, 2007, p.80.

²¹⁹. Sur ce point M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Th., *op. cit.*, n°19, p. 29, selon qui « *les droits subjectifs procèdent du Droit objectif et c'est notamment pour cette raison qu'il est communément affirmé qu'ils ne s'envisagent que dans une relation à autrui – puisqu'ils procèdent de la règle de droit qui elle-même suppose une pluralité d'individus* ».

²²⁰. En droit romain, l'opposition entre patrimonial et extrapatrimonial avait vocation à s'appliquer aux seules choses. Aussi les choses pouvaient-elles être rangées en deux catégories distinctes : *res in patrimonio* et *res extra patrimonium* : V^o les Institutes de GAIUS : Inst. II, 1. – *Adde.*, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 2^{ème} éd., 1938 n° 246 et 249 ; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2^{ème} éd., 2000, p. 219.

²²¹. En ce sens M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, *op. cit.*, p. 62 et s..

²²². R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse dactyl. Lyon, 1939, n°3.

²²³. Certains d'entre échappent à cette règle en faisant l'objet d'une disponibilité relative. Voir en ce sens, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p.91. L'auteur soutient en effet que « *les biens dans lesquels la personne humaine est engagée soit activement, soit passivement, ne sont susceptibles que d'une disponibilité relative* ».

intégrité physique et morale²²⁴, et par-delà, réaliser « *son éminente dignité* »²²⁵. De par cette proximité certaine avec la personne, les droits extrapatrimoniaux semblent, a priori, réfractaires à tout pouvoir de la volonté, et par-delà, encore davantage à toute idée de contrat. S’inscrivant en effet « *manifestement dans les bornes de la personnalité juridique* »²²⁶, les droits extrapatrimoniaux, en étant intimement liés à la personne de leur titulaire, doivent alors en suivre le régime juridique²²⁷. C’est ainsi que ceux-ci sont réputés incessibles, imprescriptibles et intransmissibles à cause de mort²²⁸. Mais une telle acception ne signifie pourtant nullement qu’ils ne peuvent pas faire l’objet de conventions n’emportant pas dessaisissement du titulaire. Autant dire qu’une brèche importante existe ; et le droit des personnes, sous l’effet du phénomène de contractualisation, s’y est à l’évidence engouffré. Aussi, à la seule dimension originellement négative des attributs extrapatrimoniaux de la personne, qui permet à celle-ci de protéger son intégrité physique et morale contre les agissements d’autrui, est venue, par strates successives, s’ajouter une nouvelle facette, positive, sur le fondement de laquelle les individus peuvent par convention accepter, le cas échéant moyennant rétribution, à ce qu’une atteinte y soit portée. Sans pouvoir à ce stade de l’étude se prononcer raisonnablement sur leur nature contractuelle, encore convient-il, pour y parvenir ensuite, de déterminer l’étendue exacte du pouvoir des volontés en droit des personnes, ou plus précisément de celles s’inscrivant dans un processus conventionnel, que celui-ci ait trait à l’existence de la personne (Section 1) ou à son intégrité morale (Section 2).

²²⁴. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 35, p. 68, renvoyant à L. COLLET, *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse, Paris, 1992, G. DURRY (dir.), n°335 et s.

²²⁵. S. PRIEUR, *La disposition par l’individu de son corps*, Thèse préc., n°15, n°371 et 387.

²²⁶. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, *op. cit.*, p. 72 n° 41.

²²⁷. Les droits extrapatrimoniaux sont ainsi également insaisissables et incessibles, en ce qu’ils sont attachés à la personne de leur titulaire. En ce sens, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, *op. cit.*, n° 41, p. 73 où l’auteur assimile les droits extrapatrimoniaux à la personne même.

²²⁸. Sur ce sujet, M. BOURGEOIS, *ibid.*, l’auteur renvoyant ainsi aux analyses opérées par le Doyen Nerson et Madame Collet ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Th. Lyon, *op. cit.* ; L. COLLET, *La notion de droit extrapatrimonial*, Th. *op. cit.*

SECTION 1. LES ACCORDS DE VOLONTÉS AFFÉRENTS

À L'EXISTENCE DE LA PERSONNE

67. La promotion du pouvoir des volontés individuelles en droit des personnes s'est traduite par la multiplication et la diversification croissante des accords de volontés portant tant sur la réalité physique de la personne (§ I) que sur celle juridique (§ II).

§ I. LES ACCORDS DE VOLONTÉS AFFÉRENTS À L'EXISTENCE PHYSIQUE DE LA PERSONNE

68. Une perspective duale. Dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon, la personne est synonyme de sujet de droit, acteur sur la scène juridique. Cette vision désincarnée, directement héritée de la conception romaine de la « *persona* »²²⁹ est, à bien des égards, trop restrictive, et ne saurait à elle seule résumer la complexité de l'être. Comme il a été dit plus en amont, la personne doit en effet également s'entendre corps²³⁰ et âme. Aussi, si la personne est certes un agent social, elle est avant tout une réalité physique²³¹, charnelle. Ces deux aspects de la personne, intrinsèquement liés à elle, doivent, selon une tradition forte ancienne, en suivre le régime juridique, tout acte volontaire de disposition étant de la sorte a priori fermement exclu²³².

²²⁹. V° notamment sur ce point, J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Ed. Seuil, 1993, p. 60 et s. ; Ph. MALAURIE, *Personne humaine*, in *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ, 2015, p. 183.

²³⁰. M. MARZANO, *Penser le corps*, PUF, 2008, p. 5, selon qui « *ce qu'il y a d'unique dans un corps humain c'est, en effet, qu'il est l'incarnation d'une personne.* »

²³¹. « *Le corps est la partie matérielle ou physique de la personne humaine qui nous est empiriquement révélée.* » : S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Les Études Hospitalières, Coll. Thèses, 1999, *op. cit.*, n° 2 et n° 344.

²³². En ce sens, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Th. préc., n° 2, selon qui le législateur semble clairement interdire que la personne participe de l'objet d'un contrat.

En somme, en étant le substrat²³³ de la personne, le corps se trouve, tout comme elle, réputé inviolable²³⁴ et ne saurait raisonnablement être attrait vers la catégorie des choses. Mais qu'en déduire alors ? Est-ce l'absence totale de licéité des atteintes qui y seraient portées ? Assurément seule une réponse négative s'impose, tant certaines d'entre elles ressortent comme strictement nécessaires à la personne²³⁵ ou à l'intérêt général. Aussi n'y-a-t-il rien de surprenant à ce qu'ici, sous couvert du consentement et de l'autorisation de la loi, et dans les limites astreintes par l'ordre public, diverses conventions puissent porter sur le corps pris en son ensemble (A) ou plus spécialement, sur l'un de ses éléments ou produits (B).

A. L'existence d'accords de volontés afférents au corps humain

69. Lorsqu'est en jeu la santé de la personne, ou celle d'autrui, les accords de volontés apparaissent alors comme des moyens utiles à leur protection par l'effet du consentement de l'individu dont le corps participe de la matière de l'acte. De telles atteintes sont alors dites légitimes (1) et leur reconnaissance par le droit positif ne surprend guère. En revanche, la circonspection peut légitimement être de mise face à la licéité des atteintes d'agrément (2).

1. L'existence d'atteintes légitimes au corps humain

70. L'impératif de santé. L'article 16-1 du Code civil précise que « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* ». Toutefois, l'article 16-3 du Code civil apporte deux exceptions en indiquant qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne*²³⁶ ou à titre exceptionnel dans

²³³. V° notamment M. MARZANO, *Penser le corps*, préc., p. 7.

²³⁴. *Noli me tangere*. Sur cet adage, v° notamment, B. BEIGNIER, L'ordre public et les personnes, in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, préc, p. 13. Ce principe d'invocabilité est énoncé à l'article 16-1, al. 2 du Code civil.

²³⁵. Const. 27 oct. 1946, Préambule, al. 11 ; *Adde*, CE, 8 sept. 2005, *JCP G* 2005, II, 10145 ; *D.* 2006, 124, note X. BIOY, décidant que « *la protection de la santé publique constitue un principe à valeur constitutionnelle* ».

²³⁶. Le texte même de l'article 16-3 impose que l'acte de soin réponde à une nécessité médicale, ce qui est parfois considéré comme « *maladroit car l'acte peut être simplement utile. Il en est ainsi des actes de prévention* » : A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 6^{ème} éd., *op. cit.*, n° 140. L'auteur ajoute également que les lois bioéthiques de 1994 avaient initialement prévu que l'atteinte était légitime en cas de nécessité thérapeutique, cette exception étant bien trop restrictive. C'est ainsi que l'article 16-3 du Code civil vise désormais « *depuis une loi du 27 juillet 1999 la nécessité médicale.* » ; Pour un exemple d'acte illicite, v° CA Paris, 29 sept. 2000, *D.*, 2001.1585, note C. DUVERT : jugé que la circoncision n'était pas en l'espèce justifiée

l'intérêt thérapeutique d'autrui »²³⁷. Cette disposition légitime ainsi certaines atteintes au corps humain²³⁸ nécessaires à la personne même dont le corps est ainsi « touché » ou à un tiers. S'il est évident que la personne ne saurait disposer « *de son corps comme elle dispose de ses biens* »²³⁹, encore convient-il de ne pas exclure la validité des actes potentiellement bénéfiques pour elle ou pour autrui.

Est ainsi parfaitement licite l'acte de soins²⁴⁰ pratiqué sur elle dès lors qu'elle consent²⁴¹, sauf urgence ou nécessité absolues²⁴², à l'intervention ou à l'acte médical²⁴³. De même peut-elle participer à une recherche scientifique avec bénéfice direct²⁴⁴. Le consentement de la personne, sous couvert de l'autorisation législative, permet également que soit mise en œuvre

par une nécessité médicale, de sorte qu'elle était de nature à engager la responsabilité du médecin et du parent demandeur.

²³⁷. Une telle faculté a été instituée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, JO 27 nov. 2004, n° 276, p. 20151. Et sur celle-ci, v° notamment : J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, Droits et libertés corporels, Panorama de la législation, de la jurisprudence et des avis des instances éthiques, D. 2005, Panorama, p. 536 et s.

²³⁸. La renonciation par l'individu à son intégrité physique née « *du souci de se sauver ou sauver autrui manifeste le droit de chacun de disposer de son corps* » : B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, Lexis Nexis, 15^{ème} éd., 2013, n° 53, renvoyant à F. LUCHAIRE, Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTD civ.* 1982, 254.

²³⁹. S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. préc., n° 7.

²⁴⁰. L'accès aux soins est un droit fondamental reconnu à chacun. Celui-ci se réalisera au moyen d'un contrat médical régissant la relation patient-médecin. La nature contractuelle d'une telle relation n'a été affirmée que tardivement dans notre droit. Ce n'est en effet qu'en 1936, dans son célèbre arrêt Mercier, que la Cour de cassation a, pour la première fois, affirmé « *qu'il se forme entre le médecin et son client, un véritable contrat.* » Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, Mercier, *DP* 1936, I, p. 88, concl. P. MATTER, rapp. JOSSERAND, note E.P., S. 1937, I, p. 321, note A. BRETON, *Gaz. Pal.* 1936, 2, jur., p. 41.

²⁴¹. Cette exigence de consentement préalable dérive de la nécessité de protéger la personne. En réaction aux pratiques des nazis durant la Deuxième Guerre mondiale, l'article 7 du Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations unies du 16 décembre 1966 affirme qu'« *il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* ». Il convient dès lors de s'assurer que le consentement du patient ou de la personne qui se prête à une recherche biomédicale soit libre et éclairé. Pour ce faire, la loi encadre de manière stricte le recueil du consentement. Il convient toutefois de noter que ce consentement peut être librement retiré à tout moment par le patient.

²⁴². L'obligation de soins implique que soit parfois transgressée la règle du consentement préalable du patient. Pour la légitimité d'un acte médical sans consentement du patient en raison de sa faculté de lui sauver la vie, voir : CE, 26 oct. 2001, dame Seranayaké, *JCP G* 2002.II.10025, note J. MOREAU ; *RTD civ.* 2002.484, obs. J. HAUSER : en l'espèce, une transfusion sanguine avait été effectuée sur un Témoin de Jéhovah en dépit de son opposition. Le patient est ensuite décédé. Il a été jugé que l'Assistance publique n'était pas responsable, puisque « *compte tenu de la situation extrême dans laquelle M.X. se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* ».

²⁴³. V° art. 16-3, al.2 du Code civil.

²⁴⁴. Sur les recherches portant sur la personne, v° L. n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO 22 déc. 1988, p. 16032, et L. n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, JO n° 56 du 6 mars 2012, p. 4138.- *Adde* CSP, art. L. 1121-1 et s.

une interruption volontaire de grossesse²⁴⁵. Sans doute un tel mécanisme trouve-t-il justification au regard de l'impératif de santé de la mère, ou du fœtus. Encore qu'il soit possible, sans doute de manière plus discutable, de s'affranchir de ces deux conditions et recourir à une interruption volontaire de grossesse pour des motifs de pure convenance personnelle. Il est manifeste que cette dernière hypothèse traduit une promotion du pouvoir de la volonté encore davantage accrue, confinant même à l'exacerbation selon d'aucuns²⁴⁶, dès lors qu'elle s'inscrit directement dans les bornes du phénomène d'autodétermination de la condition humaine caractéristique du post-modernisme.

71. L'impératif scientifique. Mais qu'en est-il lorsque les actes réalisés sur le corps de la personne servent, non plus directement l'impératif de santé de l'individu ou d'un tiers, mais seulement indirectement dès lors qu'ils sont pratiqués pour répondre aux besoins scientifiques ? Il apparaît que leur utilité légitime leur validité. Aussi, dès lors que les exigences légales demeurent respectées, rien ne fait obstacle à la licéité des recherches portant sur la personne humaine sans bénéfice direct pour le sujet. Sans doute le fondement de leur licéité est-il à rechercher dans l'exigence du respect de la dignité humaine. Il n'y a rien de déraisonnable à admettre en effet que de tels processus participent à accroître les progrès techniques et scientifiques, servant au-delà, par ricochet, l'impératif de santé humaine. En revanche, une telle acception semble plus difficilement soutenable à l'égard des atteintes d'agrément portées au corps humain.

2. L'existence d'atteintes d'agrément au corps humain

72. Les modifications esthétiques. Hormis les exceptions²⁴⁷ ci-dessus exposées, le principe d'ordre public du respect de l'intégrité physique de la personne semble a priori exclure la reconnaissance de tout autre acte attentatoire au corps humain. Pourtant, celui-ci peut être le

²⁴⁵. L. n° 75-17, dite loi « Veil », 17 janv. 1975, J.O. 18 janvier, préc. Néanmoins les conditions de mise en œuvre d'un tel procédé ont depuis été assouplies. V° L. n° 93-121, dite loi « Neiertz », 27 janv. 1993, J.O. 30 janv.- *Adde* CSP, art. L. 2211-1 et s.

²⁴⁶. Auparavant, l'interruption volontaire de grossesse était pénalement répréhensible, le consentement de la femme était alors insuffisant à « disqualifier pénalement l'infraction » : L. MARGUET, Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe l'œil ?, in *La Revue des Droits de l'Homme*, Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 2014.5. Sans doute aujourd'hui certaines voix s'élèvent-elles encore contre la légalisation de ce mécanisme. N'est-ce pas en effet la position défendue par l'Église Catholique, et actuellement, le Pape François, même si celui-ci a prolongé le droit pour les prêtres d'absoudre le péché d'avortement : *Lettre apostolique Misericordia et misera*, 20 nov. 2016.

²⁴⁷. Auxquelles s'ajoutent certains impératifs sanitaires et sécuritaires.

siège de divers accords de volontés dont les effets ne sont destinés qu'à satisfaire des aspirations individuelles beaucoup plus futiles²⁴⁸, non dictées par une nécessité médicale pour l'individu, par l'intérêt thérapeutique d'autrui ou encore par celui de la science. Aussi apparaît-il légitime que les atteintes de pure convenance interpellent nécessairement, d'autant que leur développement ne cesse de s'accroître. Un bref coup d'œil sur les pratiques sociales contemporaines suffit à entrevoir les effets potentiellement néfastes pour le corps humain des dictats de la mode, celui-ci étant devenu un appareil de sociabilité, un costume que l'on modèle au gré des convenances, des modes, par l'effet de tatouages²⁴⁹, piercings, ou en le soumettant à des opérations de chirurgie esthétique dont la dangerosité ne peut être ignorée. Faut-il se réjouir de la faculté d'autodétermination croissante ainsi reconnue aux individus dans la maîtrise de leur corps ? Ou alors faut-il bien plutôt s'en inquiéter ? Sans vouloir réactiver ici les controverses doctrinales, tantôt interminables, tantôt radicales – et bien souvent les deux conjointement – quant à l'opportunité de leur licéité, encore convient-il d'apporter une précision : celle du rejet de leur licéité²⁵⁰ lorsque les risques inhérents à la modification plastique projetée apparaissent déraisonnables par rapport au résultat prévisible escompté. Sans doute le principe d'inviolabilité n'est-il pas encore tout à fait mort, puisqu'une balance intérêts-risques semble à-même de pouvoir contrôler les excès inhérents à l'individualisme post-moderne.

B. L'existence d'accords de volontés portant sur les matériaux biologiques humains

73. La non-patrimonialité de principe du corps humain. Depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, l'article 16-1, alinéa 3, du Code civil dispose que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Et ce principe de non-patrimonialité²⁵¹ se trouve conforté par l'article 16-5 du même code qui précise que « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses*

²⁴⁸. Ph. DUBOIS, *Le physique de la personne*, Economica, 1986, n° 134.

²⁴⁹. En revanche, la personne qui consent à se faire tatouer ne saurait le faire dans un but lucratif. A ainsi été jugée illicite la promesse faite par une jeune fille de se produire dans un film au cours duquel l'une de ses fesses devaient être tatouée, ledit dessein devant ensuite être prélevé par exérèse afin d'être vendu aux enchères : TGI Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970, jur., p. 136, note J.P., *Gaz. Pal.* 1969, 2, jur., p. 57, note A. T.

²⁵⁰. Cass. 1ère civ., 20 oct. 1982, n° 81-13.153, *Gaz. Pal.* 1983, 1, p. 77

²⁵¹. Le législateur de 1994 a confondu non-patrimonialité avec gratuité, ce qui a contribué à brouiller les cartes. En outre, si gratuité il y a, ce n'est qu'entre le donneur et le premier bénéficiaire.

éléments ou à ses produits sont nulles ». Mais qu'importe-t-il de déduire de la lecture combinée de ces dispositions ? Est-ce qu'aucune convention ne peut atteindre le matériel biologique humain ? Ou de manière moins restrictive, que seules les conventions à titre gratuit sont reçues par le droit objectif ? Si à l'évidence, cette dernière réponse semble devoir emporter rapidement la conviction, encore convient-il de relever l'existence, aux côtés des conventions à titre gratuit (1), de certaines autres dont l'onérosité ne fait pourtant pas obstacle à la reconnaissance de leur licéité (2).

1. La possible licéité des conventions à titre onéreux

74. La cession des phanères²⁵². En dépit des dispositions d'ordre public prohibant les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, la personne peut néanmoins parfaitement disposer à titre onéreux²⁵³ de certains éléments, tels les cheveux, les dents, les poils ou encore les ongles²⁵⁴, ceux-ci constituant la catégorie des phanères. Cette liberté accrue repose sur un double fondement : l'absence d'innocuité pour la personne, et partant, d'atteinte à sa dignité, ainsi que leur séparation d'avec celle-ci.

75. La licéité justifiée par l'absence d'innocuité pour le cédant. S'agissant tout d'abord du premier soubassement, il est évident que l'absence de nocivité pour la personne, conjuguée au caractère renouvelable des éléments prélevés sur le corps, contribuent à légitimer les atteintes portées à celui-ci, quand bien même celles-ci interviendraient à titre onéreux. Il est ainsi d'usage de considérer comme licite l'accord par laquelle une nourrice accepte d'allaiter un jeune enfant. Il en va de même de ceux par lesquels une personne consent à une coupe de cheveux ou à des soins capillaires. *« Pour les mêmes raisons, il semble qu'on ne puisse mettre en doute la validité des clauses par lesquelles les entrepreneurs de spectacles imposent aux acteurs de se faire coiffer de telle ou telle façon, de se faire teindre, voire de se faire raser »²⁵⁵.*

²⁵². Les phanères font partie de ce qu'il est convenu d'appeler « *matériels biologiques humains ou d'origine humaine* ». Il en existe huit autres catégories. Sur ce point, J.-Ch. GALLOUX, La protection juridique de la matière biologique en droit français, *RIDC* 1998, Vol. 50, n° 2, p. 501.

²⁵³. Les phanères échappent ainsi au principe de gratuité et d'anonymat. V° CSP, art. R. 1211-49.

²⁵⁴. Décret n° 95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique, JORF n° 186 du 11 août 1995, p. 12050.

²⁵⁵. A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n° 38.

76. La licéité justifiée par le détachement de l'élément. À l'absence d'innocuité se trouve conjuguée la distanciation certaine de l'élément prélevé d'avec la personne, comme fondement de la licéité de ces accords. Il convient en effet d'observer qu'une fois détachés du corps, ces divers éléments deviennent parfaitement indépendants, de sorte que leur cession, même à titre onéreux, ne saurait être perçue comme portant atteinte à l'incommensurabilité de la personne.²⁵⁶

77. La licéité justifiée par le caractère régénérable de l'élément. Sans doute leur caractère régénérable participe-t-il également à légitimer l'admission de leur disposition à titre onéreux, puisqu'à l'évidence leur prélèvement ne saurait priver la personne d'un élément vital. En somme, la disposition des matériaux du corps humain est ainsi « *libre dans la mesure où elle respecte la sauvegarde de la dignité humaine qui voit en chaque être humain un représentant de l'humanité* »²⁵⁷. Et tel est le cas lorsque la personne conclue une convention, même à titre onéreux, emportant la cession de tels éléments.

2. La licéité des conventions à titre gratuit

78. L'autorisation légale fondée sur la protection d'un intérêt supérieur. En dehors de l'hypothèse des phanères, les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain doivent être nécessairement déclarées illicites. Mais cela ne signifie nullement que des accords de volontés, réalisés à titre gratuit, ne puissent pas prendre corps relativement au matériel biologique humain. S'inspirant des principes éthiques développés par le Comité consultatif national d'éthique²⁵⁸, le législateur a en effet rendu licites certaines interventions sur la réalité charnelle de la personne en raison de leur utilité pour l'intérêt général, tels que les dons d'organes, de sang ou de gamètes²⁵⁹. Et celles-ci sont

²⁵⁶. C'est ici la personne humaine qui est visée, et non simplement celle juridique.

²⁵⁷. G. RAOUL-CORMEIL, Les contrats sur la personne, art. préc.

²⁵⁸. CCNE, avis n° 21, 13 déc. 1990, sur la non-commercialisation du corps humain.

²⁵⁹. Le don de gamète permet ainsi de répondre au désir parental d'un couple lorsqu'il convient d'éviter la transmission à l'enfant ou à l'un des membres du couple une maladie d'une particulière gravité. V° en ce sens l'article L. 2141-2, al. 1^{er} du code de la santé publique. Il convient toutefois de relever qu'une telle maladie n'a pas à être incurable pour que l'assistance médicale à la procréation soit licite. En revanche, cette dernière ne doit jamais devenir une « *alternative à la procréation naturelle. Elle a un caractère subsidiaire : on ne peut y avoir recours que si la procréation naturelle est impossible ou dangereuse* » : J. MASSIP, L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée, *Deffrénois*, 15 févr. 1995, n° 3, p. 129.

parfaitement licites dès lors qu'elles n'ont pas pour effet de faire entrer le corps humain dans le commerce économique²⁶⁰.

79. La légitimation des conventions par un motif d'intérêt général. La principale hypothèse ici visée est celle du don, celui-ci ayant acquis ces dernières décennies une légitimité incontestable puisqu'il participe à la satisfaction de l'intérêt général. Il illustre en effet la « *socialité* » de l'individu et traduit sa « *capacité à vivre, à s'intégrer et à agir en faveur de la société à laquelle on appartient* ». Acte d'altruisme²⁶¹ par excellence, le don c'est ainsi, d'un point de vue phénoménologique, « *s'ouvrir à autrui* »²⁶². Aussi n'y-a-t-il rien de déraisonnable à entrepercevoir dans ces différentes hypothèses consensuelles la participation du donneur à la réalisation de « l'éminente dignité humaine », sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte « *à la dignité individuelle du disposant, à condition de respecter les limites et conditions assignées par l'ordre public « corporel »* »²⁶³.

Aussi, afin de répondre aux nécessités thérapeutiques et plus largement, à l'impératif de santé publique, mais également aux aspirations individuelles des personnes²⁶⁴, le législateur a, par strates successives, reconnu la licéité du don d'organes et des produits du corps humain²⁶⁵. C'est ainsi tout d'abord le legs de cornée qui fut admis²⁶⁶. Puis vint le tour du don de sang²⁶⁷, par l'effet d'une loi du 21 juillet 1952. Une autre avancée significative fut ensuite opérée par la

²⁶⁰. Puisque ces éléments peuvent faire l'objet de dons, ils se trouvent dans le commerce juridique. En revanche, l'absence de possible onérosité des conventions les maintient hors du commerce économique, à tout le moins s'agissant de la relation initiale.

²⁶¹. B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes, préc.*, n° 56, p. 45.

²⁶². E. GRAND, Ch. HERVÉ et G. MOUTEL, *Les éléments du corps humain, la personne et la médecine*, préc., p. 22.

²⁶³. S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. préc., n° 390.

²⁶⁴. Tel sera le cas notamment du don de sperme lequel participe à répondre au projet parental d'un couple.

²⁶⁵. On parle de don puisque la personne ne peut vendre ni ses organes, ni son sang. Aussi, si la personne dispose d'un droit de disposer de son corps, elle ne saurait y renoncer, celui-ci étant indisponible. Sur ce point, v° S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, préc., n° 348 où l'auteur indique que le droit de disposition juridique corporelle de la personne est un droit subjectif de la personnalité de celle-ci. Il serait néanmoins indisponible. V° notamment l'intitulé du § 2 situé dans la section 2 du chapitre 2 du titre II de la seconde partie de son ouvrage : « *l'indisponibilité du droit de disposition juridique « corporelle »* » ; Voir également en ce sens, I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, p.191, le titre de sa section 2 : « *le droit de disposer de son corps* » ; M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Th. préc., n° 81, p. 157 et s.

²⁶⁶. V° loi dite Lafay, n°49-890 du 7 juillet 1949, J.O. 8 juillet 1949.

²⁶⁷. Le sang souffre d'un statut particulier : il est d'une part relativement commun car régénérable, mais de par son origine humaine, il comporte en outre une connotation singulière. Sur ce point, N. BRASSIER, *Aspects éthiques posés par les problèmes économiques des dons du sang*, DEA d'éthique médicale et biologique, 1995-1996, M.-A. DESCAMPS (dir.), p. 9, www.inserm.fr/éthique ; E. GRAND, Ch. HERVÉ et G. MOUTEL, préc., p. 34.

loi dite Cavaillet, du 22 décembre 1976²⁶⁸. Celle-ci a eu pour effet de faciliter les greffes d'organes, en présument le consentement du donneur lorsque l'organe est prélevé sur le corps d'une personne décédée, sauf à ce que celle-ci s'y soit opposée de son vivant²⁶⁹. Ce sont ensuite les banques de sperme²⁷⁰ qui furent admises à recourir aux dons afin de répondre aux demandes d'inséminations artificielles²⁷¹. Le parachèvement du système²⁷² fut opéré par les lois des 29 juillet 1994 et 6 août 2004²⁷³.

À la lumière de ces diverses manifestations de volontés, la solennité des dispositions de l'article 16-1 du Code civil doit nécessairement s'entendre avec mesure tant l'immutabilité de certains principes semble aujourd'hui partiellement remise en cause. Il semble bien par ailleurs qu'un tel constat puisse être étendu aux autres attributs extrapatrimoniaux de la personne.

²⁶⁸. Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes. Cette loi a été complétée et remplacée par la loi n°94-654 du 29 juillet 1994. Cette loi distingue le prélèvement d'organe effectué *in vivo* ou *post mortem*. Ces dispositions prévoient que le prélèvement d'organes *in vivo* ne peut avoir lieu que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur, ce dernier ne pouvant être que le père ou la mère, le fils ou la fille, le frère ou la sœur du donneur. (CSP, art. L. 1241-1). En revanche, s'agissant d'un prélèvement effectué *post mortem*, celui-ci n'est pas limité à l'intérêt thérapeutique direct du receveur. La loi évoque en effet le prélèvement effectué « à des fins thérapeutiques ou scientifiques » (CSP, art. L. 1232-1, al. 1^{er}). Néanmoins, lorsque le prélèvement est effectué à des fins scientifiques autres que l'établissement des causes du décès, il ne peut être effectué valablement sans le consentement du défunt, que celui-ci soit expresse, ou résulte seulement du témoignage de sa famille exprimé directement ou par le témoignage de sa famille.

²⁶⁹. CSP, art. L. 1232-1.

²⁷⁰. Elles sont dénommées C.E.C.O.S, à savoir Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humain.

²⁷¹. V° loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

²⁷². Il est ainsi devenu difficile de soutenir aujourd'hui que le corps humain est toujours indisponible. Sur la question de la disponibilité du corps humain : A. JACK, Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. Crit. De légis. et de jur.* 1933, p. 362 et s. ; R. SAINT-ALARY, *Les droits de l'homme sur son propre corps*, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, T. VI, Fasc. 1, 1958, p. 67 et s. ; J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1987, p. 183 et s. ; J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seuil 1993 ; J. SAVATIER, Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, *LPA*, n° spécial, 14 décembre 1994, p. 8 et s. ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. préc., n° 601 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse Paris I, 2003, J. GHESTIN (dir.), n°459 et s.

²⁷³. Ces lois « ont affirmé des professions de foi plus philosophiques que normatives » : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., n°292.

§ II. LES ACCORDS DE VOLONTÉS AFFÉRENTS À L'EXISTENCE JURIDIQUE DE LA PERSONNE

80. La capacité juridique de la personne. La qualité de sujet de droit emporte pour la personne la reconnaissance de droits et d'obligations : elle est un acteur de la scène juridique. Néanmoins, pour agir, il ne suffit pas d'exister, il faut pouvoir le faire : c'est ce que l'on nomme communément la capacité juridique²⁷⁴. Celle-ci, tout comme l'état de la personne auquel elle se rattache, est traditionnellement réputée d'ordre public²⁷⁵, d'autant qu'ils intéressent tous deux directement l'ordre social²⁷⁶. En somme, la capacité de la personne semble devoir échapper à toute emprise des volontés individuelles. Néanmoins, ici aussi, l'impérativité de cette acception décline progressivement, au fur et à mesure que croît l'autonomie de la personne²⁷⁷. Celle-ci dispose en effet aujourd'hui de la possibilité de déroger, à l'avance, aux règles de la capacité juridique (A), comme elle peut également accéder conventionnellement à une limitation partielle de sa capacité patrimoniale. (B)

A. Le mandat de protection future

81. L'anticipation conventionnelle de l'incapacité. Les règles d'ordre public de la capacité imposaient, jusqu'à peu, que les personnes souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles soient placées sous un régime légal de protection. Néanmoins, une loi du 5 mars 2007²⁷⁸ est venue apporter une entorse à ce principe, en permettant à la personne de déroger

²⁷⁴. V° en ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, *op. cit.*, n° 502.

²⁷⁵. En ce sens, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, *Les personnes*, par R. SAVATIER, 1952, n°15, indiquant que l'état des personnes « est une situation juridique au respect de laquelle l'ordre public est intéressé. C'est ce qu'il importe de comprendre pour poser l'importance de l'indisponibilité de l'état. »

²⁷⁶. La cour de cassation a en effet affirmé que « la constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social. » : Cass. 14 juin 1858, *D.P.* 1858, 1, p. 247.

²⁷⁷. Cet état de fait est particulièrement révélateur de ce que Madame Le Professeur MEULDERS-KLEIN a pu constater en affirmant qu' « aucune société n'est figée dans un équilibre immuable fondé sur le respect des statuts et des normes » : Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public, in *Droit civil, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 321.

²⁷⁸. L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO 7 mars 2007, n° 56, p. 4325.

aux règles impératives du droit des incapacités, en organisant à l'avance sa future protection, au moyen d'un « mandat de protection future », dont l'objectif premier n'est autre que l'anticipation.²⁷⁹ Ce mécanisme permet ainsi une individualisation de la protection de la personne, en offrant à tout individu la possibilité d'organiser par avance sa représentation pour le cas où il se trouverait dans l'impossibilité manifeste de pourvoir seul à ses intérêts²⁸⁰, en raison d'une altération de ses facultés personnelles. Le législateur a prévu deux types de mandats : celui effectué pour soi-même, et celui dit « pour autrui²⁸¹ » conclu par des parents et visant à régir la situation de leur enfant pour le cas où celui-ci serait hors d'état d'assurer seul ses propres intérêts et où ses parents ne pourraient plus y pourvoir.

82. La pertinence du mécanisme interrogée. Ainsi parfois perçue comme un merveilleux instrument d'anticipation, cette innovation « spectaculaire »²⁸² est cependant loin d'emporter l'unanimité au sein des travaux juridiques. Il peut en effet apparaître surprenant, à bien des égards, de soustraire la personne de la protection judiciaire du juge des tutelles. Aussi, concevoir ainsi « la personne comme la projection de sa volonté »²⁸³ n'est-il « pas sans danger, car volonté ne rime pas toujours avec intérêt »²⁸⁴, encore que les développements ultérieurs doivent contribuer à tempérer les craintes inhérentes à une telle protection conventionnelle.

²⁷⁹. Sur ce mécanisme, v° notamment, D. NOGUERO, Interrogations au sujet du mandat de protection future, *D.* 2006, chron. p. 1133 ; *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, p. 518 et s. ; A. DELFOSSE et N. BAILLON-WIRTZ, Le mandat de protection future, *JCP G* 2007, I, 147 ; F. PERREAU-BILLARD, Le majeur à protéger, le mandat de protection future, *AJ Famille*, 2007, 213 ; J. MASSIP, Le mandat de protection future, *Gaz. Pal.*, 2008, 1513 et 1527 ; A. BATTEUR, Contrat et mesures de protection, *JCP N* 2008, 1275 ; J. KLEIN, Le mandat de protection future enfin opérationnel, *AJ Famille*, 2009, 556 ; M. DOUCHY-OUDOT, Les mandats judiciaires, *Deffrénois*, 30 janv. 2009, n° 2, p. 132 ; D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Répertoire du Notariat, Deffrénois*, 30 janv. 2009, n° 2, p. 142 ; PH. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, *op. cit.*, p. 307 et s. ; J. CASEY, Quel avenir pour le mandat de protection future ?, *Gaz. Pal.* 2011, 2091 ; B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, *op. cit.*, p. 377 et s.

²⁸⁰. Cette condition est d'interprétation stricte et doit être impérativement caractérisée dans tous ses éléments. V° notamment en matière de curatelle, Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 09-10.127, *AJ famille* 2009, p. 457, obs. L. PECAUT-RIVOLIER.

²⁸¹. Sur ce mandat, B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, *op. cit.*, n°679.

²⁸². D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *op. cit.*, p. 143

²⁸³. A.-M. LEROYER, La protection juridique des majeurs, *RTD civ.* 2007, n° 2, p. 394 et s., spéc. p. 396.

²⁸⁴. D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *op. cit.*, p. 143. L'auteur ajoute ensuite que « le mandat de protection future est une technique peu convaincante, et ce au regard du droit des personnes comme du droit des contrats ».

B. La mesure d'accompagnement social personnalisé

83. La notion. Reposant sur le constat de l'inadéquation des règles en vigueur organisant l'accompagnement social des personnes rencontrant des difficultés dans la gestion de leurs ressources, la loi du 5 mars 2007²⁸⁵ est venue instaurer la possibilité pour celles-ci d'être soumises, par l'effet d'une convention, à une mesure d'accompagnement social personnalisé. Considéré comme « *une petite tutelle limitée aux prestations sociales* »²⁸⁶ de nature socio-éducative, un tel dispositif²⁸⁷ implique une limitation volontaire de la capacité de l'individu. Le mécanisme instauré reste cependant modeste, puisque limité à la gestion des seuls revenus sociaux. Il peut apparaître regrettable que le législateur de 2007 n'ait pas souhaité étendre une telle mesure à l'ensemble des revenus, puisqu'une personne qui ne perçoit pas de prestations sociales, ni ne porte atteinte à sa santé ou sa sécurité en les dilapidant, échappe à un tel dispositif, de sorte que ses dépenses intempestives peuvent persister.

84. Le contenu. La mise en œuvre de cette mesure résulte d'un accord²⁸⁸ entre l'intéressé et le département. Reposant sur des « *engagements réciproques* »²⁸⁹, celle-ci doit prévoir un ensemble d'actions destinées à assurer l'insertion sociale de son bénéficiaire ainsi que le rétablissement de conditions propres à lui permettre de gérer de manière autonome les prestations sociales perçues. Si la personne refuse la signature de cet accord, ou ne respecte pas les obligations qui en découlent, le Président du Conseil Général peut alors parfaitement solliciter du juge d'instance que celui-ci ordonne le versement direct et mensuel au bailleur des prestations sociales²⁹⁰. La contrainte étatique n'est donc nullement évincée, mais déploie ses effets par le prisme du consentement du bénéficiaire des aides sociales²⁹¹.

²⁸⁵. La loi du 5 mars 2007 est venue supprimer la possibilité d'ouvrir une mesure de curatelle pour cause de prodigalité, intempérance ou oisiveté. Avant cette disposition, toute personne qui, par sa prodigalité, intempérance ou oisiveté, dilapidait ses biens, de sorte qu'elle s'exposait à tomber dans le besoin, se voyait susceptible de faire l'objet d'un placement sous curatelle. Il convient de noter en l'espèce qu'un tel placement intervenait alors que la personne ne souffrait d'aucune altération de ses facultés personnelles. C'est cette contradiction que la loi de 2007 est venue supprimer.

²⁸⁶. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, préc., n° 792, p. 337.

²⁸⁷. CASF, art. L. 271-1, al. 2.

²⁸⁸. Cet accord est conclu pour une durée de six mois à deux ans, et renouvelable sans que la durée de la mesure n'excède une durée maximale de quatre années. V° CASF, art. L. 271-2, al. 3.

²⁸⁹. CASF, art. L. 271-1, al. 2.

²⁹⁰. CASF, art. L. 271-5.

²⁹¹. Cf supra n° 61, p. 65.

SECTION 2. LES ACCORDS DE VOLONTÉS

AFFÉRENTS AUX ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ

85. La notion de droits de la personnalité²⁹². Au-delà des différentes conventions ayant pour objet tant l'existence physique que juridique de la personne, se déploient d'autres accords portant sur ses attributs de la personnalité. Ceux-ci ont vocation à permettre à la personne de faire valoir sa « *singularité sociale* »²⁹³ et d'être ainsi « *une individualité distincte* »²⁹⁴ des autres individus. Ils sont à cet égard dotés d'un caractère personnel très marqué²⁹⁵ et ressortent dès lors indéfectiblement liés à leur titulaire²⁹⁶. Les droits afférents à

²⁹². La notion de *droit de la personnalité* est apparue pour la première fois dans le langage judiciaire qu'à la fin des années soixante : H. SOLUS, Le rapport de la Cour de cassation pour l'année judiciaire 1968-1969, *JCP G* 1970, I, n° 2321. Traditionnellement protégés par le juge judiciaire, les droits de la personnalité ont finalement été consacrés par le Conseil d'État, considérant que le juge administratif est également compétent pour faire cesser les atteintes à ces droits commises par la personne publique, à l'occasion d'un service public administratif. V° CE, 27 avr. 2011, n° 314577, *JCP G* 2011, n° 29, 872, note J. ANTIPPAS, concernant le droit à l'image et le droit moral de l'auteur.

La notion de droit de la personnalité est un véritable graal pour le juriste, en témoignent les profondes divergences doctrinales en la matière. Sur celles-ci, v° notamment, TH. HASSLER, Droits de la personnalité : crise d'identité, *LPA* 2004, n° 244, p. 3 et du même auteur, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, *RTD civ.* 1971, p. 445, spéc. n°9. L'auteur rejette la qualification de droit de la personnalité aux droits ne répondant pas aux critères du droit subjectif, ceux-ci étant alors de « *faux droits de la personnalité* » correspondant uniquement à des intérêts légitimes juridiquement protégés. D'autres rejettent toute qualification de droit subjectif aux droits de la personnalité qui ne sont, à l'exception toutefois du droit moral de l'auteur et du droit au nom, que des situations juridiquement protégées. V° en ce sens, P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, *Dalloz*, 1963, p. 44. Preuve du flou entourant la notion, la doctrine n'est de même pas unanime quant à la liste des droits de la personnalité. Deux conceptions principales s'opposent ici : une extensive (v° H.-E. PERREAU, Les droits de la personnalité, *RTD civ.* 1909, p. 501), et une plus restrictive, (v° P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *Dalloz*, éd. 2005). À cette dichotomie s'ajoute une troisième approche défendue par le professeur Beignier. Selon cet auteur, il n'existerait en réalité qu'un seul et même droit de la personnalité, constitué de différentes facettes. En ce sens, B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995, p. 52.

²⁹³. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., p. 51 et s., spéc. n° 27, l'auteur renvoyant à G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, n°271 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2003, n°455 et 456 ; C. LABRUSSE-RIOU, Droits de la personnalité et de la famille, in *Libertés et droits fondamentaux*, M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), éd. Seuil, 1996 p. 271 et s., spéc. p. 279.

²⁹⁴. Pour reprendre l'expression du Doyen Nerson, R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Th. préc., n° 16.

²⁹⁵. Voir en ce sens, D. BERRA, *Le principe de la libre disposition des biens en droit civil ; contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse dactyl., Nancy, 1969, p. 279 et s. Constatant leur indissociabilité de la personne de leur titulaire, cet auteur s'est interrogé sur le fait de savoir si ces prérogatives extrapatrimoniales étaient réellement des « *droits* ».

²⁹⁶. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, op. cit., n°145.

ces attributs, les droits de la personnalité²⁹⁷, ont ainsi pendant longtemps été présentés comme « *l'archétype des droits extrapatrimoniaux et hors commerce*²⁹⁸ »²⁹⁹. Pourtant, la pratique a vu se développer différents accords portant sur ces attributs, tels l'image, la voix de la personne ou son nom, certains auteurs ayant alors légitimement pu évoquer leur apparente « *patrimonialisation* »³⁰⁰ dès lors que les dispositions de l'article 9³⁰¹ du Code civil ne font pas obstacle à la conclusion de conventions organisant « *une abstention temporaire d'exercice* »³⁰² du droit.

86. Le domaine des accords. Les personnes peuvent ainsi exploiter aussi bien les composantes identitaires (§ I) que morales (§ II) de leur personnalité, sous la double réserve toutefois de n'obérer ni leur personnalité, ni leur dignité, de sorte que si certaines conventions, le cas échéant à titre onéreux, peuvent prospérer, elles ne sauraient avoir pour effet de contrevenir à ces impératifs supérieurs.

²⁹⁷. Le droit communautaire a contribué à cette reconnaissance des droits de la personnalité, lesquels peuvent être appréhendés sous le couvert des droits fondamentaux dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect. V° par exemple, CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-404/92P, X c/ Commission, D. 1995, jur., p. 421, note J.-L. CLERGERIE, protégeant la vie privée d'une fonctionnaire tenue de pratiquer un test du sida avant son embauche.

²⁹⁸. Sur cette extra commercialité des droits de la personnalité, voir notamment, P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques*, préc., n°34 et s. ; D. TALLON, *Droits de la personnalité, Encyclopédie Dalloz, Rép. Civil*, préc., n° 139 et s.

²⁹⁹. C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., n° 7, p. 20. D'autres auteurs ont cependant considéré que ces droits de la personnalité étaient bien plutôt « indisponibles » : en ce sens, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, préc., n°286. D'autres ont enfin admis qu'ils étaient « inaliénables » : P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, op. cit.*, n°37.

³⁰⁰. À propos du droit à l'image, v° Th. HASSLER, *Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image*, *Légipresse*, 2007, II, p. 123. Certains juges du fond se sont également prononcés de la sorte. En ce sens, CA Versailles, 2 mai 2002, *Légipresse* 2002, I, p. 69 ; Versailles, 22 septembre 2005, D. 2006, Pan., 2705, obs. L. MARINO, CCE 2006, Comm. 4, obs. Ch. CARON, *Légipresse* 2006, III, p. 109, note J.-M. BRUGIÈRE, affirmant que dès lors que « *le droit à l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations* ».

³⁰¹. Ce texte apparaît comme « *l'alpha et l'oméga* » du statut juridique de l'image des personnes humaines : v. Th. REVET, *L'image de la personne est un bien*, *RTD civ.* 2009.342, à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008, n°07-19.494 ; *JCP* 2009.II.10025, note G. LOISEAU.

³⁰². L. MARINO, obs. sous Versailles, 22 septembre 2005, D. 2006. Pan. 2702, obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT. Et sur cette décision : CCE 2006, p. 29, obs. C. CARON ; *Légipresse*, juin 2006, p. 109, note J.-M. BRUGIÈRE. - V° également en ce sens, A. LEAPGE, *Droits de la personnalité, Rép. de Droit civil*, sept. 2009.

§ I. LES ACCORDS DE VOLONTÉS AFFÉRENTS AUX COMPOSANTES IDENTITAIRES DE LA PERSONNE

87. L'hétérogénéité des conventions. C'est ainsi que l'ensemble des éléments d'identification de la personne peuvent faire l'objet de convention (A), et en certaines hypothèses, faire l'objet d'une utilisation à titre de données personnelle (B).

A. Le champ des accords de volontés afférents aux éléments d'identification des personnes

88. Que ce soit l'image (1) de la personne, sa voix (2) ou son nom (3), ces éléments peuvent parfaitement participer du contenu d'un accord de volontés, au demeurant tant à titre gratuit qu'onéreux³⁰³.

1. Les accords de volontés afférents à l'image de la personne physique

89. La notion d'image de la personne physique. « *Opium de l'Occident* », ³⁰⁴ l'image apparaît comme le reflet de la réalité physique de la personne³⁰⁵. Initialement perçu comme un droit essentiellement négatif, permettant à tout individu d'interdire l'exploitation et l'utilisation de son apparence³⁰⁶, le droit à l'image comporte aujourd'hui un second versant, positif, sur lequel se déploient des conventions permettant à la personne de tirer profit de cet attribut.

³⁰³. L'onérosité est ici tolérée puisque l'exploitation de l'image ou de la voix d'une personne n'est, sauf atteinte à sa personnalité et à sa dignité, susceptible de lui nuire.

³⁰⁴. En ce sens, M. TOURNIER, *La goutte d'or*, Folio, Poches, n°1908, 1986, p. 202.

³⁰⁵. V° notamment, F. BOUVARD, *La commercialisation de l'image de la personne physique, Image et droit*, L'Harmattan, 2002, p. 392, selon qui « *l'image de l'apparence physique de la personne n'est pas le reflet de son âme. Elle est le reflet de son corps* » ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, préc., n°183, où l'auteur indique que « *le droit au respect de l'image a pour objet de le physique de la personne* ».

³⁰⁶. Le droit au respect de l'image était initialement fondé sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil. Mais depuis une décision du 13 janvier 1998, le droit à l'image est rattaché à l'article 9 du Code civil : V° Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1998, *JCP G*, II, 1082, p. 921, note G. LOISEAU ; *RTD civ.*, avr.-juin. 1998, p. 341 ; *D.* 1999, p. 120, note J. RAVANAS. Ce texte est ainsi devenu « *la matrice des droits de la personnalité* », offrant ainsi une assise textuelle à la protection de l'intégrité morale de la personne : J.-CH. SAINT-PAU, L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité, *D.* 1999, p. 541.

Conformément à son droit sur l'image, la personne « *peut s'opposer à sa fixation, à sa reproduction ou à son utilisation sans son autorisation préalable* ». V° en ce sens, Versailles, 2 mai 2002, *Légipresse* 2002, I, p. 69 ; TGI Nanterre, 25 sept. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 134. V° aussi par ex., n'évoquant que l'une ou l'autre de ces prérogatives, CA Paris, 14 mai 1975, *D.* 1976. 291, note R. LINDON.- CA Paris 27 sept. 2001, CCE 2002. comm.

90. La licéité des conventions portant sur l'image de la personne. Différents accords de volontés sont ainsi susceptibles d'exister³⁰⁷ relativement à sa fixation, ainsi qu'à sa reproduction³⁰⁸ et sa publication³⁰⁹, l'image de la personne pouvant par ailleurs être utilisée aussi bien à titre informatif que commercial. Il convient de noter que dans cette dernière hypothèse, la notoriété de la personne sera bien souvent la source de ces accords. Et ceux-ci sont tolérés par le droit positif dès lors qu'ils ne contreviennent pas au principe d'indisponibilité du droit à l'image, ni n'obèrent la personnalité du titulaire³¹⁰.

2. Les accords de volontés afférents à la voix de la personne physique.

91. L'ambivalence du droit à la voix. « Vecteur de communication le plus usité »³¹¹, la voix de la personne, « à la condition qu'elle ait pu être identifiée »³¹², se trouve soumise au même régime juridique que l'image de la personne³¹³ puisqu'elle présente la même

15, obs. A. LEPAGE.- CA Toulouse, 5 sept. 2002, CCE 2003. comm. 10, obs. A. LEPAGE.- CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2003, CCE 2004. comm. 49, obs. A. LEPAGE.

³⁰⁷. Il existe également des conventions de fixation de l'image d'une personne. Néanmoins, ceux-ci n'intègrent pas directement le cadre de notre étude puisque l'objet du contrat n'est pas l'image même, mais bien plutôt la réalisation d'une prestation de service déterminée, de sorte que la liberté contractuelle prévaut. Un contrat de fixation est celui par lequel une personne s'engage à rémunérer un tiers en contrepartie de la réalisation de son image. Cet accord de volontés prend parfois la forme d'un contrat d'entreprise, et plus précisément du louage d'ouvrage. En ce sens, C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., p. 254 et s. et n° 175 où l'auteur indique que l'objet du contrat n'est pas l'image même, mais la réalisation d'une prestation déterminée, à savoir la fixation de l'image. Mais il peut dans certains cas résulter d'un contrat de travail. Ce sera notamment le cas des mannequins ou des artistes-interprètes. Pour les artistes-interprètes, voir l'article L.762-1 du Code du travail ; pour les mannequins, voir l'article L.763-1 du même code. Ce contrat aura pour objet une prestation de service déterminée dont l'activité de la personne et son image seront le support : C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. dactyl. Paris I préc., n° 283.

³⁰⁸. Tel est notamment l'hypothèse du contrat de mannequinat. L'article L. 763-1, alinéa 3 du code du travail indique en effet qu'« est considérée comme exerçant une activité de mannequin toute personne qui est chargée de présenter au public, directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire, soit de poser comme modèle, avec ou sans utilisation ultérieure de son image, même si cette activité n'est exercée qu'à titre occasionnel ».

³⁰⁹. Pour une autorisation de publication à titre onéreux, v° par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n° 07-19494.

³¹⁰. En ce sens, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit., p. 193 et s., spéc. n°104.

³¹¹. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, préc., n° 101. L'auteur ajoute que la voix constitue, tout comme l'image, un élément essentiel d'identification de la personne, étant ainsi un des attributs de la personnalité humaine.

³¹². Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, préc., p. 148, n°339.

³¹³. Pour la comparaison du droit à la voix à celui de l'image voir, TGI Paris, 19 mai 1982, *D.* 1983, p. 147, note R. LINDON. – *Adde* F. POLLAUD-DULLIAN, *Droit moral et droits de la personnalité*, *JCP* 1994, I, 3780, n°

ambivalence que le droit à l'image³¹⁴. En effet, si elle est avant tout un attribut extrapatrimonial, elle n'échappe pourtant pas à toute patrimonialisation.

92. L'existence de conventions afférentes au droit à la voix. Aussi, si le droit à la voix emporte pour la personne de son titulaire la faculté de s'opposer, sauf exceptions légitimées par l'intérêt général³¹⁵, à tout enregistrement ou diffusion de celle-ci sans son consentement, il ne fait cependant pas obstacle à l'existence de conventions³¹⁶ en prévoyant l'utilisation de cet élément par un tiers.³¹⁷ Leur validité se trouve soumise aux mêmes exigences que celles régissant les accords portant sur l'image de la personne : celui du respect de la personnalité du titulaire de l'attribut, ainsi que de sa dignité, impliquant que les mêmes limites lui soient donc opposables.

3. Les accords de volontés afférents à la dénomination de la personne physique

93. L'identification de la personne. L'état civil permet de suivre l'évolution de la condition sociale d'une personne en enregistrant au moyen d'actes authentiques les événements importants de sa vie, tels son mariage ou son décès, ainsi qu'en recensant les attributs essentiels permettant son identification, à savoir son nom et son sexe. Si l'état familial de la personne n'entre pas directement dans le cadre de cette étude, les éléments d'identification de la personne y sont en revanche placés au cœur.

L'état civil, en concernant aussi bien la personne que l'ordre social, se trouve soumis au dirigisme de l'ordre public de direction. Ont ainsi été consacrés plusieurs principes fondamentaux destinés à l'encadrer. Plus précisément est-il considéré comme indisponible, immuable et imprescriptible³¹⁸. Dans une telle perspective, il semble bien que l'emprise des

19 ; M. SERNA, *La voix et le contrat : le contrat sur la voix*, C.C.C., sept. 1999, doct., p. 4 et s. ; Ph. MALAURIE, *Les personnes, Les incapacités*, éd. Defrénois, 2003, n°338.

³¹⁴. La voix est ainsi présentée comme l'« *image sonore* » de la personne, D. BÉCOURT, *Image et vie privée*, préf. P. CATALA, L'Harmattan, 2004, p. 185.

³¹⁵. Certaines nécessités judiciaires peuvent induire l'écoute ou l'enregistrement de conversations privées sans le consentement des intéressés. Tel sera notamment le cas d'une mesure d'instruction régulièrement diligentée. V° sur ce point, B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, préc., n°102.

³¹⁶. Les artistes-interprètes par exemple peuvent consentir à l'enregistrement ainsi qu'à la diffusion de leur voix.

³¹⁷. Sur ce point, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit., p. 199, n°106.

³¹⁸. V° notamment sur cet aspect : P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil, Tome 1, Introduction au droit, Personnes-Famille- Personnes protégées- Biens- Obligations-Sûretés*, LGDJ, 36^{ème} éd., 2016, n° 129, p. 85.

volontés, si elle existe, ne puisse être qu'être résiduelle. Aussi peut-il paraître surprenant de constater l'affaiblissement des principes d'indisponibilité et d'immutabilité à l'aune de la progression croissante du pouvoir des volontés quant à la détermination du nom (3-1) ou son usage (3-2).

3-1. Le choix du nom

94. La notion de nom de la personne physique. Institution dont les contours ont été principalement dessinés par la coutume et la jurisprudence³¹⁹, le nom³²⁰ contribue à l'identification de la personne, derrière laquelle se dissimule « *sa personnalité intime et secrète* »³²¹. Le nom comporte deux éléments identificateurs obligatoires³²² : le nom patronymique, devenu « nom de famille »³²³ en application de la loi du 4 mars 2002³²⁴, ainsi que le prénom³²⁵.

95. La double fonction du nom. Pendant longtemps le nom n'a recouvert qu'une fonction d'identification, et se trouvait alors soumis à l'usage, lequel l'a fait naître et le fait vivre³²⁶. Sans doute la volonté pouvait-elle dès lors déployer ses plus vifs effets. Ce n'est qu'à partir des trois derniers siècles de l'Ancien Régime qu'une fonction de police civile³²⁷ est venue s'adjoindre à celle traditionnelle d'identification³²⁸. Cette nouvelle fonction implique que la

³¹⁹. B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, préc, p. 176 et s., spéc. n°255.

³²⁰. Sur l'évolution historique du nom, voir notamment, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., p. 31 et s.

³²¹. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., n°108.

³²². D'autres éléments accessoires sont susceptibles d'exister : les surnoms et pseudonymes, ainsi que les titres nobiliaires. Sur ce sujet, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., p. 35 et s.

³²³. Le législateur a changé la dénomination de cet élément personnel afin de rompre avec le dispositif ancien duquel prévalait la puissance paternelle. C'est donc au nom de l'égalité homme-femme au sein du couple que cette nouvelle dénomination a été instituée.

³²⁴. Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, JO 5 mars 2002, p. 4159.

³²⁵. Le prénom permet d'individualiser une personne au sein d'une famille.

³²⁶. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., n° 110.

³²⁷. Planiol a fait du nom une institution de police civile. V° M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Pichon, 5è éd., 1908, n°398 : « *Le nom est une institution de police civile ; il est la forme obligatoire de la désignation des personnes ; mais il n'est pas plus un objet de propriété que ne le sont les numéros matricules ; il n'est pas aliénable : la loi ne le met pas à disposition de celui qui le porte, et elle l'établit beaucoup moins dans son intérêt que dans l'intérêt général* ».

³²⁸. En ce sens notamment P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, 1985, p. 200 ; A. LEFÈVRE-TEILLARD, *Le nom*.

libre mutabilité du nom³²⁹ qui prévalait jusque-là soit remise en cause par un encadrement étatique croissant de son régime juridique³³⁰, et que celui-ci soit devenu réfractaire au pouvoir de la volonté individuelle³³¹. En somme, avant qu'un certain degré de reconventionnalisation soit avancé, la dénomination a fait l'objet d'une institutionnalisation ayant eu pour effet d'annihiler le pouvoir des volontés. Cette règle de l'immutabilité va par ailleurs de pair avec celle de l'indisponibilité³³² du nom³³³. Pourtant en ce domaine aussi les interférences entre la liberté individuelle et l'ordre public directif se font depuis plusieurs années de plus en plus fréquentes.

96. L'extracommercialité du nom. Si le nom est en principe immuable³³⁴ et situé en dehors et au-dessus du patrimoine³³⁵, un tel principe d'extracommercialité ne signifie pourtant pas qu'il ne puisse être l'objet d'aucun accord de volontés. Il suffit en effet, pour que de telles conventions soient licites, « *que l'intérêt qui a déterminé la mise hors du commerce soit sauvegardé* »³³⁶. Aussi seront valables celles n'emportant ni atteinte à sa fonction de police civile³³⁷, ni renonciation ou aliénation du droit qui en résulte.

Droit et histoire, PUF, Léviathan, Paris 1990, p. 121 et s. ; M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit., p. 118 et s. n°58 et s.

³²⁹. Pour une présentation de l'emprise des volontés sur le nom auparavant, voir notamment M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit., p. 119 et s. n° 58 et s.

³³⁰. Un principe d'immutabilité du nom s'est ainsi substitué à la liberté qui prévalait avant en la matière. Ce principe a été consacré par le décret du 6 fructidor an II. De ce décret résulte une obligation pour les personnes de porter les noms et prénoms figurant dans leur acte de naissance. Sur le sujet, M. PRINET, *Changements de nom de famille*, *Revue du XVIème siècle*, 1917, p. 1 et s. ; A. LEFÈBVRE-TEILLARD, *Le nom*. *Droit et histoire*, préc., p. 121 et s., p. 220 et s.

³³¹. Sur l'opposition entre le nom et le contrat, G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997, préf. J. GHESTIN.

³³². Voir notamment l'affaire Bordas où la chambre commerciale de la cour de cassation a indiqué qu'il existe un principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité « *du nom patronymique qui empêche son titulaire d'en disposer librement...* » : Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n°95 ; *D.* 1985, p. 471 note J. GHESTIN ; *JCP* 1985, II, 20400, concl. M. MONTANIER, note G. BONET ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 246, rapport G. LE TALLEC ; *Rev. Des Sociétés*, 1985, p. 607, note G. PARLEANI ; *RTD com.* 1986, p. 245, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA ; *RTD civ.* 1987, p. 83, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

³³³. Celui-ci, en étant « *enraciné dans le tréfonds de la personne, puisqu'il en est le signe* », doit en suivre le régime juridique : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., n°111.

³³⁴. V° Loi du 6 fructidor an II. V° également en ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1961, *Bull. civ.* 1961, I, n°323, selon qui « *nul ne [peut] porter à titre de patronyme un nom autre que celui qu'indique son acte de naissance* ».

³³⁵. E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, Thèse Toulouse, 2002, B. BEIGNIER (dir.).

³³⁶. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome II, Rousseau, 1924, n°789.

³³⁷. Par exemple, un accord des ex-époux sur le nom de l'enfant dont la filiation a été remise en cause ne saurait être admis. En ce sens M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit. p. 264-265, n°158 ; G. LOISEAU, *Nom de famille et contrat*, art. op. cit., p. 182. Le nom a une fonction de police civile en ce qu'il permet à l'État

97. La substitution de nom. C'est ainsi tout d'abord que l'article 334-2 du Code civil offre aux parents naturels de l'enfant, l'ayant reconnu successivement après sa naissance, la possibilité de substituer au nom de l'enfant, celui du parent l'ayant reconnu en second. Pour ce faire, l'enfant doit encore nécessairement être mineur, et l'expression de la volonté des parents doit prendre la forme d'une déclaration conjointe devant l'officier d'état civil³³⁸. Aussi, si consentement il y a, celui-ci est en soi insuffisant à produire des effets de droit, l'intervention de l'autorité publique étant nécessaire pour parfaire l'accord.

98. Le nom à multiples composantes. Un autre exemple de repli de l'ordre public directif au profit des volontés individuelles est identifiable dans les dispositions de la loi du 4 mars 2002, en partie modifiée par celle du 18 juin 2003³³⁹. L'article 311-21 du Code civil permet en effet, lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard des deux parents, que ceux-ci choisissent entre le nom du père, de la mère, ou les deux noms accolés dans l'ordre de leur choix³⁴⁰.

99. Le prénom de l'enfant. C'est enfin le prénom³⁴¹ de l'enfant qui repose sur la puissance des volontés respectives des parents³⁴². Considéré comme le « *premier acte de l'autorité parentale conjointe* », ce choix aura force obligatoire dès lors qu'il ne préjudiciera pas à l'intérêt supérieur de l'enfant³⁴³, et qu'il aura été reçu par l'officier d'état civil.

de distinguer les individus. C'est pourquoi toute personne est contrainte de porter le nom patronymique figurant dans les actes de l'état civil. V° la loi du 6 fructidor an II, selon laquelle « *Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autre que ceux exprimés dans son acte de naissance* ». De ce principe d'immutabilité découle celui de l'imprescriptibilité du nom. Il en résulte que le nom ne peut être acquis par prescription, ni ne peut se perdre de la même manière. Sur l'impossibilité d'acquérir un nom par prescription, v° notamment, Req., 14 avr. 1934, *DH*, 1934.265 ; V° également, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs, op. cit.*, n°152.

³³⁸. Article 334-2 du Code civil issu de la loi n°2002-304 du 4 mars 2002 modifié par la loi n°2003-516 du 18 juin 2003.

³³⁹. Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, J.O. 19 juin 2003, p. 10240.

³⁴⁰. Sur cette faculté voir notamment, C. BERNARD, Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *Dr. Fam.* Juillet-août 2002, p. 7 et s. ; J. MASSIP, Le nom de famille, commentaire de la loi n°2002-304, de la loi n°2003-516 du 18 juin 2003, et de leurs textes d'application, *Defrénois* 2005, art. 38105, p. 272 et s.

³⁴¹. Tout comme le nom, le prénom constitue un droit de l'homme étroitement lié au respect de la vie privée. V° en ce sens, Cour EDH, 24 oct. 1996, *Fleur de Marie*, *JCP G* 1997.I.4000, n°32, obs. F. SUDRE.

³⁴². C. civ., art. 57, al. 2.

³⁴³. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 (J.O. 9 janvier) est venue abroger les dispositions issues de la loi du 11 germinal an XI selon lesquelles « *Les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne pourront seuls être reçus comme prénoms* ». Néanmoins, une telle liberté ne saurait contrevenir à l'intérêt supérieur de l'enfant. Aussi, dans une telle hypothèse, l'officier de l'état civil peut en avertir le procureur de la République, lequel peut alors saisir le juge aux affaires familiales. Ce dernier pourra dès lors soit

3-2. *L'usage du nom.*

100. Le double aspect de l'usage. Le principe d'indisponibilité ne semble pas, de même, faire obstacle à la conclusion par la personne d'accords relativement à l'usage de son nom,³⁴⁴ que ce soit à titre de dénomination familiale (a), ou à titre commercial (b).

a. *L'usage du nom à titre de dénomination familiale*

101. L'usage du nom et la filiation. Sous l'impulsion des réformes successives, l'usage du nom peut désormais être concédé à titre de dénomination familiale. C'est tout d'abord l'article 43 de la loi du 23 décembre 1985³⁴⁵ qui a offert la possibilité à une personne majeure de voir accoler à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien³⁴⁶. Il découle de ce texte que le nom d'usage s'ajoute au nom transmis, la substitution étant prohibée. Bien évidemment, une telle hypothèse ne relève pas du phénomène de contractualisation puisqu'elle ne repose pas sur un accord de volontés, mais bien plutôt sur un acte juridique unilatéral. En revanche, il convient de noter que cette faculté peut également bénéficier à un enfant mineur, à condition toutefois d'être exercée par les détenteurs de l'autorité parentale, et donc de résulter d'un accord de leurs volontés respectives. Aussi, lorsqu'un seul des parents est détenteur de l'autorité parentale, celui-ci devra obtenir l'autorisation de l'autre parent. Enfin, nul besoin de rappeler ici que les mêmes exigences d'ordre public s'imposent : l'absence d'atteinte à la personnalité du titulaire ainsi qu'à celle de la fonction de police du nom³⁴⁷.

102. L'usage du nom et le mariage. Il en va par ailleurs de même de l'usage du nom de son conjoint par une personne mariée. Si la coutume a justifié pendant longtemps que la femme mariée abandonne l'usage de son nom de naissance afin de ne porter que celui de son

ordonner la suppression du nom sur les registres d'état civil, soit en attribuer un autre, conformément aux dispositions de l'article 57, al. 4 du Code civil.

³⁴⁴. V° notamment P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, Th. dactyl., préc., n° 192 ; G. LOISEAU, Les contrats autorisant l'usage du nom, *Cah. dr. entr.* 1998, p. 19 et s., spéc. n° 2.

³⁴⁵. Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, J.O. 26 déc. 1985. Pour une analyse de cette loi, v° notamment, R. LINDON, La nouvelle disposition législative relative à la transmission du nom, *D.* 1986, 1988 ; R. LINDON et D. AMSON, Une gestation difficile : le nom d'usage, *D.* 1986, chron. p. 267.

³⁴⁶. Sur cette possibilité, v° notamment, *RTD civ.* 2002, obs. J. ROCHFELD, p. 377 et s.

³⁴⁷. En ce sens, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat, op. cit.*, n° 153, p. 259, selon qui une telle faculté « ne crée aucune ambiguïté quant à l'identification de la personne ».

mari, encore convient-il de noter qu'il ne s'agit ici que d'un simple droit, et non d'une obligation juridiquement contraignante. La femme peut ainsi soit continuer de porter son nom de jeune fille, soit accoler à celui-ci celui de son époux. Le mari peut, de même, procéder à de tels choix. Comme précédemment, ceux-ci ne résultent à l'évidence pas d'accords de volontés, même si implicitement les époux doivent vraisemblablement s'entendre pour qu'un tel choix soit opéré. En revanche, le consensus est davantage formel lorsqu'il s'agit de régir l'usage du nom du conjoint divorcé. Il est en effet une constante selon laquelle celui-ci peut être prolongé consécutivement à un accord des ex-époux. Si de telles conventions n'heurtent nullement la fonction de police administrative du nom, il semble en revanche en être autrement de la personnalité de l'époux ayant concédé l'usage de son nom. En effet, s'il est légitime qu'un tel usage soit permis dans le cadre des liens du mariage, en revanche lorsque ceux-ci cessent, le nom, en ce qu'il fait « *partie de la personne* »³⁴⁸, devrait demeurer attaché à son titulaire. Pourtant, l'intérêt légitime de l'autre conjoint, mais aussi celui de l'enfant, priment nécessairement, sous réserve bien évidemment de tout abus.

b. L'usage du nom à titre commercial

103. Les conventions autorisées. Le droit reconnaît encore aux individus la possibilité d'autoriser l'usage³⁴⁹ de leur nom de famille, particulièrement à titre commercial³⁵⁰. Doté alors d'une valeur pécuniaire, le nom commercial³⁵¹ servira à identifier le fonds de commerce ainsi qu'à rallier la clientèle. Échappant dès lors aux règles civilistes, celui-ci est ainsi susceptible

³⁴⁸. R.-F. LE BRIS, L'effet du divorce sur le nom des époux, *D.* 1965, chron. p. 141 et s.

³⁴⁹. G. LOISEAU, Les contrats autorisant l'usage du nom, *Cah. dr. entr.*, 1998, n° 2, p. 19 et s. ; P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité ; une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Th. dactyl. Dijon, préc., n° 192.

³⁵⁰. Voir notamment l'affaire Bordas, Cass. com. 12 mars 1985, préc., dans laquelle la chambre commerciale rappelle que la personne peut valablement conclure « un accord portant sur l'utilisation de ce nom, comme dénomination ou nom commercial » ; voir également, M.-A. PEROT-MOREL, L'usage du nom patronymique à titre de marque, in *Études de la propriété intellectuelle, Hommage à Henri DESBOIS*, Dalloz 1974, p. 181 et s. ; C. COLOMBET, Le nom et les propriétés incorporelles, *D.* 1989, chron. p. 31 et s. ; M. VIVANT, Le patronyme saisi par le patrimoine, in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec 1993, p. 517 et s. ; A. SÉRIAUX, La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *RTD civ.* 1994, p. 801 et s.

³⁵¹. On distingue traditionnellement le nom commercial de la dénomination sociale. Le premier est attaché au fonds de commerce de la société, tandis que la seconde ne concerne que la société même, et ne saurait être regardée comme liée au fonds. En ce sens, G. LOISEAU, *Le nom objet de contrat*, préc., n°201.

d'être cédé³⁵², de même que son usage³⁵³. Ce sont donc bien l'ensemble des composantes identitaires de la personne qui deviennent objets de négociations, de tractations, et le cas échéant, à titre onéreux.

B. Les accords de volontés afférents aux données à caractère personnel

104. Notion de données personnelles. L'article 4 du RGPD définit une donnée personnelle comme « *comme toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable...* », et précise qu'est réputée être une « *personne physique identifiable* » tout individu qui peut être identifié, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Aussi constitue également une donnée personnelle, en plus du nom, de l'image, de la voix de la personne, toutes les informations permettant d'identifier et individualiser une personne, telles les empreintes génétiques. Le champ des données personnelles est ainsi particulièrement vaste, en témoigne notamment l'arrêt de la CJUE du 20 décembre 2017³⁵⁴ aux termes duquel elle a pu considérer que les réponses écrites fournies par un candidat à un examen ainsi que les éventuelles annotations du correcteur relatives à ces réponses constituent des données à caractère personnel. En dépit de cette largesse d'appréciation, seules seront analysées dans le cadre de la présente étude les données personnelles constituant également un attribut extrapatrimonial de la personne, à savoir le nom, la voix, l'image de la personne ou encore ses empreintes génétiques. Or, ces différents éléments peuvent parfaitement constituer la matière d'un accord de volontés et leur étude spécifique au titre des données personnelles n'est pas

³⁵². Dans l'affaire Bordas, l'usage du patronyme Bordas à titre de signe distinctif a été rendu possible par la « tolérance » de Monsieur Bordas. Une telle inaction ne saurait être constitutive d'un contrat. Mais, à l'inverse, si l'usage du patronyme est réellement consenti, il semble alors se fondre dans un moule contractuel. Un tel contrat n'est en effet pas prohibé puisqu'il ne heurte pas l'objectif de protection de la personnalité et d'identification de la personne assigné au nom. Le droit positif reconnaît ainsi la validité, sous certaines conditions, des conventions de cession d'un signe distinctif composé d'un nom. Cette cession peut résulter aussi bien d'un acte à titre gratuit qu'onéreux, voire même constituer un apport en nature au contrat de société. Voir sur ce point, E. TARDIEU-GUIGUES, Transmission du droit sur la marque, in *Juris-Classeur Marques*, Fasc. 7400, 1994, n° 30 et s.

³⁵³. V° C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. op. cit., p. 218 selon qui les conventions d'usage sont constitutives « des contrats donnant à leur bénéficiaire le droit de se servir d'un attribut de la personnalité d'autrui conformément à ce qui a été convenu entre les parties », et d'ajouter que ces accords s'analysent « comme des consentements anticipés à une ou plusieurs atteintes à un droit de la personnalité ».

³⁵⁴. CJUE, 20 déc. 2017, C-434/16, Nowak c. Data Protection Commissioner.

dénuée de tout intérêt dès lors que celles-ci sont aujourd'hui omniprésentes, notamment sur internet, au sein des entreprises, des magasins. En dépit de l'absence d'exhaustivité de l'énumération, le champ des données personnelles témoigne de son extension croissante au sein de la société de consommation et d'information contemporaine. Les données des individus sont ainsi sans cesse davantage collectées, et si elles le sont manifestement à titre gratuit entre le titulaire et le collecteur, elles dissimulent en revanche en certaines hypothèses une certaine monétisation, tel notamment en échange d'un accès gratuit à un service ou un site. S'agissant de la collecte, l'article 4 susvisé du RGPD précise que celle-ci est constituée de « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction* ». S'il a été constaté l'importance de l'étendue des données personnelles mêmes, force est d'admettre que la notion de collecte s'entend également d'une manière particulièrement large permettant d'englober tous procédés de captation, transmission, diffusion ou suppression des données.

Sans doute l'étude des données personnelles aurait-elle pu raisonnablement prendre place au sein de celle afférente aux accords de volontés portant sur les éléments de la vie privée de la personne, tant il est manifeste que ceux-ci peuvent, à défaut d'encadrement objectif, y contrevenir. Mais le parti pris a été celui de leur étude en tant qu'attribut extrapatrimonial d'identification puisque même en l'absence d'atteinte à la vie privée résultant de leur collecte, elles relèvent d'un régime juridique propre même si, et les développements ultérieurs doivent participer à le révéler, celui-ci est loin d'être totalement antinomique avec celui des accords portant sur des éléments de la vie privée de l'individu.

105. Réglementation de la collecte des données personnelles. En France, le premier texte contraignant adopté aux fins d'encadrement de la collecte des données personnelles est la loi Informatique et Libertés du 6 juillet 1978, laquelle a pris corps dans le sillage du projet du ministère de l'intérieur d'instituer un fichier Safari, c'est-à-dire un Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus. Au niveau communautaire, le premier texte contraignant dont s'est dotée l'Union Européenne est la directive 95/46/CE du 24 octobre

1995³⁵⁵ relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, laquelle a été transposée en droit interne par l'effet de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004³⁵⁶ relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

Ce texte a ensuite été complété par une seconde directive applicable au secteur des télécommunications, la directive 97/66/CE³⁵⁷, laquelle a néanmoins été abrogée par la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 transposée en droit interne par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004³⁵⁸ pour la confiance dans l'économie numérique. Ces dispositions ont ensuite été remplacées par la directive 2009/140/CE, Paquet Télécom, laquelle a été transposée par une ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011³⁵⁹. Le parachèvement de ce système a été opéré récemment par l'adoption du règlement 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, plus communément dénommé Règlement Général sur la Protection des Données ou « RGPD ». Ce texte est entré en vigueur le 25 mai 2018 et se substitue à la directive 95/46 du 24 octobre 1995.

Or, tant celui-ci, que l'article 7 de la loi du 6 juillet 1978 imposent qu'un traitement de données personnelles ne soit réalisé qu'après que la personne titulaire de l'élément y ait consenti, sauf exceptions résiduelles qui n'intéressent dès lors pas le champ de la présente étude, puisque ne reposant pas sur un accord de volontés. Néanmoins, en dehors de ces hypothèses, la collecte des données personnelles repose sur une convention conclue entre le détenteur de la donnée et son collecteur, élargissant encore un peu plus le champ du pouvoir des volontés en droit des personnes.

³⁵⁵. Ce texte a été reconnu conforme à la constitution française par le conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

³⁵⁶. JO 7 août 2004, n° 182, p. 14063, texte n° 2.

³⁵⁷. Ce texte a été transposé par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications, (JO) 28 juil. 2001, n° 173, p. 12132.

³⁵⁸. JO 22 juin 2004, n° 0143, p. 11168.

³⁵⁹. JO 26 août 2011, n° 0197, p. 14473, texte n° 49.

§ II. LES ACCORDS DE VOLONTÉS AFFÉRENTS AUX COMPOSANTES MORALES DE LA PERSONNE

106. Seront ici succinctement évoqués les différentes conventions portant sur le droit moral de l'auteur (A), ainsi que sur la vie privée de la personne. (B)

A. Les accords de volontés afférents au droit moral de l'auteur

107. La notion de droit moral de l'auteur. La pensée des individus peut se trouver matérialisée dans une œuvre de l'esprit, qu'elle soit littéraire ou artistique. Ces émanations personnelles emportent pour leur auteur le bénéfice d'un droit moral sur leur œuvre³⁶⁰. « *Archétype même du droit subjectif* » du vivant du créateur³⁶¹, le droit moral³⁶² est rattaché à la catégorie des droits de la personnalité³⁶³, se trouvant ainsi lié à la personne de son auteur « *comme la lueur au phosphore* »³⁶⁴.

³⁶⁰. Le droit moral de l'auteur comporte « *plusieurs volets qui sont le droit de divulgation, le droit au respect du nom de l'auteur, le droit au respect de l'œuvre et le droit de repentir ou de retrait* » : M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 27, p. 52 ; sur la question en générale voir, E. SILZ, La notion juridique de droit moral de l'auteur, *RTD civ.*, 1933, p. 331 et s. ; M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, éd. Domat Montchrestien, 1945 n°79 et s. ; H. MAZEAUD, Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence, *D.* 1959, chron. p. 133 et s. ; A. FRANCON, La protection du droit moral de l'auteur relatif à une œuvre tombée dans le domaine public, in *Études de droit commercial*, H. CABRILLAC (dir.), Librairies techniques, 1968 p. 16 et s. ; B. EDELMAN, Le droit moral dans les œuvres artistiques, *D.* 1982, chron. p. 263 et s. ; P. SIRINELLI, Le contrat obligatoire pour céder les droits d'auteur, *Expertises* mai 1992, p. 184 et s. ; F. POLLAUD-DULLIAN, Abus de droit et droit moral, *D.* 1993, chron. p. 97 et s. et du même auteur, Droit moral et droits de la personnalité, *JCP* 1994, I, 3780 ; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd. 1997, n°1 et s. ; Ch. CARON, Et si le droit d'auteur n'existait pas sur internet et ailleurs ? (à propos de TGI Pontoise, 2 février 2005), *D.* 2005, Tribune, p. 513, et du même auteur, Droit moral ou droits moraux ?, *LPA*, 6 déc. 2007, n°244, p. 28.

³⁶¹. Ch. CARON, Droit moral ou droits moraux ?, *LPA*, 6 déc. 2007, *op. cit.*, où l'auteur ajoute que qu' « *après la mort du créateur, le droit moral se métamorphose en pouvoir, en droit fonction, en droit au service des volontés exprimées par l'auteur de son vivant...* ».

³⁶². Il convient plutôt de parler de « *droits moraux* » de l'auteur, et non d'un droit moral unique. V° en ce sens, Ch. CARON, Droit moral ou droits moraux ?, *ibid.*

³⁶³. TGI Paris, 4 juil. 1984, *D.* 1985, IR 18, obs R. LINDON. – *Adde*, Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n° 91-15.915, *JCP G* 1993, II, n° 22161, note J. RAYNARD ; *D.* 1994, jur., p. 78, note A. FRANCON, qualifiant le droit moral de l'auteur de droit de la personnalité.

³⁶⁴. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 1997, n° 129 ; M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, *op. cit.*, p. 201, n°109.

108. - La licéité sous conditions des conventions afférentes au droit moral de l'auteur. S'il est à ce titre soumis à un principe d'ordre public d'indisponibilité³⁶⁵, certaines conventions sont néanmoins reçues par le droit positif³⁶⁶. Toutefois, comme pour les autres attributs de la personnalité³⁶⁷, celles-ci doivent nécessairement respecter la personnalité de l'auteur de l'œuvre ainsi que sa dignité³⁶⁸. Dès lors que cette double limite n'est pas obérée, aucun autre obstacle ne vient contrarier leur licéité.

109. L'élaboration de l'œuvre. Diverses conventions peuvent ainsi tout d'abord exister au stade de l'élaboration de l'œuvre. L'auteur peut ainsi notamment conclure un accord de commande d'œuvres, ou encore un accord de mécénat. S'agissant du premier, il est celui par lequel une personne, physique ou morale, commande auprès d'un créateur la réalisation d'une ou plusieurs œuvres déterminées moyennant un prix fixé entre les parties. À l'inverse, un accord de mécénat³⁶⁹ emporte pour l'artiste l'obligation de fournir un volume déterminé d'œuvres, dont le contenu n'est que très rarement fixé à l'avance³⁷⁰.

110. Les œuvres collectives et de collaborations. Aussi, si l'œuvre est traditionnellement celle d'un seul auteur, encore convient-il de relever les hypothèses dans lesquelles la paternité découle de l'activité conjuguée de plusieurs personnes : les œuvres collectives³⁷¹ ainsi que celles de collaboration³⁷². Or, cette collectivité, ou cette collaboration

³⁶⁵. CPI, art. L. 121-1. Les juges refusent en effet toute renonciation anticipée au droit au respect de l'œuvre. Le droit moral est en effet destiné à assurer « à l'auteur ce qu'il a de plus précieux, le respect de sa personnalité ». Il est à ce titre perpétuel et incessible. En ce sens, Trib. civ. Seine, 6 avr. 1949, Pierre Blanchard et autres c/ Sté Ets Gaumont.

³⁶⁶. Sur ce point, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit., p. 202 et s.

³⁶⁷. Le droit moral se détache des autres droits de la personnalité en ce que la loi lui reconnaît expressément une nature dualiste, l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle consacrant un droit de nature patrimoniale à côté du droit extrapatrimonial.

³⁶⁸. En ce sens, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, ibid, affirmant que « la limite est encore une fois, pour tout acte, le respect de la dignité de la personne ».

³⁶⁹. Le contrat de mécénat est « une convention conclue entre un marchand de tableaux et un artiste-peintre, aux termes de laquelle le second accorde au premier, pour une durée déterminée, le droit de première vue sur toute sa production, cependant que le marchand s'engage à lui verser une rémunération mensuelle à valoir sur le produit de la vente » : R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Thémis, 1987, p. 288.

³⁷⁰. Plus exactement, « dans le cadre du contrat de mécénat l'auteur promet une quantité tandis que dans celui du contrat de commande, il garantit une certaine qualité. » : C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., p. 162, n°149.

³⁷¹. L'exemple le plus topique est sans nul doute celui des encyclopédies auxquelles contribuent plusieurs personnes. Article L. 113-5 du C.P.I.

³⁷². Sur ce sujet voir C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. op. cit., p. 154 et s., n° 133 et s et n°136.. L'œuvre de collaboration se distingue de l'œuvre collective en ce qu'elle ne comporte aucune hiérarchie entre les différents créateurs, mais bien plutôt une égalité de principe, de sorte qu'il existe une sorte « d'indivision ».

d'auteurs, reposent nécessairement sur un échange des volontés des différents contributeurs. D'aucuns considèrent cependant qu'un tel accord n'aurait pas pour objet même le droit moral, mais bien plutôt « *la réalisation d'une œuvre spécifique* »³⁷³. Néanmoins, d'autres y décèlent au contraire un assouplissement notable du principe d'inaliénabilité du droit moral de l'auteur³⁷⁴. L'article L. 113-5 du C.P.I. dispose en effet que « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée* ». La personne investie du droit moral ne sera donc pas celle qui aura contribué à la réalisation de l'œuvre, mais celle sous le nom de laquelle celle-ci sera divulguée. Il en résulte nécessairement une entorse de taille au droit moral, celui-ci n'étant pas attribué aux auteurs même de l'œuvre de l'esprit. À côté de ces différents accords, d'autres conventions relatives à l'exploitation de l'œuvre sont susceptibles d'être conclues.

111. L'exploitation de l'œuvre. Les accords portant sur l'exploitation³⁷⁵ des droits patrimoniaux³⁷⁶ sont en effet essentiels au développement et à la reconnaissance de l'activité de l'auteur³⁷⁷, de sorte que son droit moral se conjugue aisément avec le droit d'exploitation que celui-ci détient sur son œuvre. Mais à côté, c'est enfin l'hypothèse des accords organisant

³⁷³. C. FILIPPONE, *ibid.*

³⁷⁴. En ce sens, J. RUBELLIN-DEVICHI, L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral, préc., n° 24 et s. L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur ne fait cependant pas obstacle à la validité des clauses de renonciation, à condition qu'elles soient limitées et précises. La règle de droit accepte ainsi « *le mécanisme de la « négritude » littéraire. C'est pourquoi elle considère que les clauses de renonciation de paternité sont licites, à la condition qu'elles soient librement révoquables, ce qui revient à dire que le prix à payer pour leur validité réside dans une certaine inefficacité* » : Ch. CARON, Droit moral ou droits moraux ?, LPA, 6 déc. 2007, art. préc.

³⁷⁵. Les contrats d'exploitation découlent de l'exercice du droit de divulgation par le créateur de l'œuvre. Ce droit a très tôt été reconnu par les juridictions françaises. V° notamment CA Paris, 11 janv. 1828, *Rép. méth.* 1857, Dalloz, t. 38, propr. litt. et art. n° 319, p. 492 ; CA Lyon, 17 juill. 1845, *DP* 1845. 2. 128. L'acte de divulgation est celui par lequel l'auteur lève l'interdit sur la révélation de celle-ci et « *patrimonialise ainsi la forme externe pour en faciliter mais aussi en contrôler la diffusion* » : Ph. GAUDRAT, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, *Rép. de droit civil*, sept. 2007.

³⁷⁶. Peuvent ainsi notamment être conclus des contrats d'édition ou des contrats de production audiovisuelle.

³⁷⁷. De tels contrats ne sauraient ainsi être soustraits du droit positif, à la condition toutefois que soit préservées les prérogatives morales de l'auteur. Cet encadrement doit cependant être mesuré afin de permettre une exploitation effective de l'œuvre, et donc la recherche de profit.

l'adaptation³⁷⁸ de l'œuvre qui doit être évoquée, ceux-ci permettant à une personne d'obtenir le droit d'utiliser la création d'un auteur afin de réaliser une œuvre composite³⁷⁹.

B. Les accords de volontés afférents à la vie privée de la personne

112. Chaque individu conserve « un « jardin secret », une « arrière-boutique » qu'il peut faire protéger »³⁸⁰. Cette sphère d'intimité de la personne, appelée « vie privée » (1) est aujourd'hui le siège de différentes conventions (2).

1. L'étendue de la vie privée

113. La notion de vie privée. De plus en plus bafouée, tant en raison de l'essor des nouvelles technologies, particulièrement celles informatiques, que de la surmédiation de notre société, la vie privée doit alors être davantage protégée. Concept large³⁸¹, assis sur une jurisprudence abondante, le droit au respect de la vie privée jouit aujourd'hui de fondements juridiques multiples, tant en droit international et européen³⁸², qu'en droit interne³⁸³.

³⁷⁸. En ce sens, Trib. civ. Seine, 15 juin et 30 nov. 1961, *D.* 1962, p. 173, note G. L.-C. ; *Gaz. Pal.* 1962, doct. p. 21, obs. SARRAUTE ; *Gaz. Pal.* 1962, 1, 98 ; *RTD com.* 1962, 262, obs. H. DESBOIS. - Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 1966, *Bull. civ.* I, n° 518, *D.* 1967, p. 485, note H. DESBOIS ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, 175, note SARRAUTE et M. GORLINE ; *JCP G* 1968, II, 15331, obs. R. PLAISANT.

³⁷⁹. CPI, art. L. 113-2 : « Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ».

³⁸⁰. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs, op. cit.*, p. 124, n° 312, citant J. CARBONNIER.

³⁸¹. Cour EDH, 22 janv. 2008, *JDI* 2009, 1063, obs. D. L.

³⁸². V° en particulier l'article 8 CEDH. Cet article proclame expressément le droit de toute personne au respect « de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » mais organise un régime de restrictions si celles-ci sont « prévues par la loi » et « nécessaires ».

³⁸³. V° loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O. 19 juillet 1970, intégrée à l'article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Avant cette disposition, la protection de l'intimité de la personne était assurée par les règles de la responsabilité civile ainsi que celle afférentes à la protection du domicile. V° notamment en ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs, ibid.* Cette évolution est liée au mouvement plus général de « promotion juridique contemporaine de la personne » : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, p. 5-29.

Faute de définition légale³⁸⁴, l'approche de la notion de vie privée s'avère délicate. Il apparaît tentant, de prime abord, de la définir en l'opposant à celle de « vie publique »³⁸⁵. Néanmoins, la frontière entre les deux étant particulièrement floue, voire poreuse, la jurisprudence est venue, par strates successives, dresser la liste des atteintes relevant de cette catégorie. Ce droit au respect de la vie privée couvre ainsi aussi bien la vie personnelle³⁸⁶ et familiale, que l'identification³⁸⁷ et l'orientation sexuelle, ou encore l'intimité corporelle de la personne. Le droit à la vie privée s'entend ainsi négativement du droit au respect de son intimité, mais également positivement d'un droit à la liberté³⁸⁸, entendu dans le sens d'une faculté d'autodétermination³⁸⁹. Au regard de ces diverses ramifications, la vie privée apparaît comme un facteur essentiel de protection de la liberté individuelle, les seules atteintes tolérées étant légitimées par des nécessités d'ordre public, de sécurité et de santé publique³⁹⁰.

2. La licéité des conventions portant sur les éléments d'intimité de la personne

114. Les accords de volontés emportant divulgation d'éléments de la vie privée.

En dehors de ces rares exceptions, la personne dispose d'un droit de contrôle sur les divers éléments inhérents à sa vie privée, lequel lui permet de consentir, soit à des immixtions dans son intimité, soit à des révélations sur celle-ci³⁹¹. Il en sera notamment ainsi lorsque celle-ci

³⁸⁴. Le législateur français n'a pas défini cette notion. La Cour EDH s'est en revanche essayée à une telle épreuve. V° CEDH, 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, JCP G 2006.I.164, n° 7, obs. F. SUDRE : *c'est une notion « englobante [...] comprenant le droit à l'autodétermination, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »*.

³⁸⁵. Sur ce point, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., pp. 133-134 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, préc., n° 175.

³⁸⁶. Le droit sanctionne les intrusions non consenties dans le domicile, la correspondance de la personne.

³⁸⁷. Nouvelle composante de la vie privée, le respect de l'identité de la personne comprend le droit au nom, le droit d'accès aux origines personnelles ou encore la liberté sexuelle.

³⁸⁸. En ce sens, P. KAYSER, *La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée*, préc., n° 1 et s.

³⁸⁹. Sur ce droit « d'autodétermination », M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, RID comp. 1992.767.

³⁹⁰. Sur ce point, B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, préc., pp. 62-63. Il convient de noter que les besoins informatifs du public sont de même de nature à permettre une certaine immixtion dans la sphère privée des personnalités publiques, justifiée par la liberté d'expression. Il convient toutefois de noter que c'est à une conciliation des deux droits que l'institutionnel procède à défaut de hiérarchie entre eux. Ceux-ci ne sont en effet « *ni absolus, ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur* » : Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée, § 11. – *Adde*, Cour EDH, 23 juil. 2009, req. 12268/03, JCP G 2010, 70, n° 18, obs. F. SUDRE.

³⁹¹. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 107, p. 199 et s.

consent à une interview portant sur sa vie privée³⁹², ou qu'elle confère à autrui un droit d'exploitation sur ses éléments intimes³⁹³, les seules limites en la matière étant celles du respect de la dignité de la personne dont les éléments sont révélés, ainsi que l'impossibilité pour celle-ci de renoncer de manière définitive à son droit au respect de sa vie privée³⁹⁴.

115. Conclusion de Chapitre. Alors que, de prime abord, le droit des personnes pouvait légitimement paraître étanche au pouvoir des volontés individuelles, l'analyse du droit positif dévoile pourtant une réalité bien différente, et sans doute également sensiblement troublante tant le droit des personnes, traditionnellement soumis à un ordre public directif particulièrement prégnant, pouvait laisser supposer ainsi sa parfaite antinomie avec la rhétorique consensuelle. Or, le constat est bien pourtant celui d'un recul manifeste des bornes impératives entourant le champ du droit des personnes sous l'effet du phénomène d'individuation de la condition humaine, lequel ménage aujourd'hui une place significative aux accords de volontés.

116. Le recul de l'ordre public de direction. Hier sujet des conventions, l'individu semble aujourd'hui pouvoir en être également l'objet. Il est vrai que l'ensemble de ses attributs extrapatrimoniaux peuvent, en toute licéité, participer de la matière d'une convention. Le législateur ouvre en effet à la liberté individuelle une faille sans cesse plus grande qui peut, à bien des égards, laisser craindre un séisme de grande ampleur pour la condition humaine tant celle-ci paraît, en l'absence de tutelle objective, pouvoir engendrer des effets dévastateurs pour la dignité humaine. Et l'acceptation est d'autant plus légitime que l'ensemble du droit des personnes témoigne de cette contagion croissante du pouvoir des volontés.

117. L'individuation de la condition humaine. Il est vrai que la science et les technologies offrent à la personne des moyens de contrôle de son existence, voire plus radicalement, de destruction. De même peut-elle aujourd'hui tirer profit de certains de ses éléments, les exploiter, les monnayer, ou encore contrôler sa capacité. L'amenuisement de la détermination et de l'encadrement institutionnel du statut de la personne physique et de sa condition humaine entraîne ainsi dans son sillage une emprise croissante du pouvoir des

³⁹². Pour une étude de ce contrat, voir C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., p. 284 et s.

³⁹³. V° sur ce point, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, op. cit., n° 108.

³⁹⁴. R. BADINTER, Le droit au respect de la vie privée, *JCP* 1968, I, 2136, spéc. n° 15 et s. ; M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 107.

volontés participant à accentuer exponentiellement le phénomène d'individuation de la personne, et de son autodétermination. Or, il est manifeste que de telles conventions, sauf à courir le risque insupportable que la dignité de la personne humaine s'en trouve contredite, semblent ne pouvoir raisonnablement se développer que dans un cadre objectif strictement délimité. Voilà sans doute de quoi réactiver avec force la problématique centrale de cette étude, celle de l'effectivité du phénomène de contractualisation, laquelle paraît décidément ne pouvoir être que chimère là où s'entremêlent nécessairement l'autonomie et l'hétéronomie.

118. Conclusion de Titre. Les développements qui précèdent ont permis d'analyser les soubassements sur lesquels croît depuis plusieurs décennies maintenant le pouvoir des volontés individuelles en droit des personnes, et quelles en sont les implications pratiques pour ce champ juridique. En somme a été mis en exergue qu'au crépuscule du droit imposé correspond l'aube du droit négocié. Et ce changement de paradigme, s'il en est, affecte peu ou prou l'ensemble du champ de la présente étude.

119. Le changement de paradigme loi-contrat. De prime abord, tout observateur qui entreprend d'analyser la réalité du phénomène de contractualisation ne peut en effet raisonnablement qu'entrapercevoir un déclin progressif de la contrainte étatique. L'idéal sous-tendant ce processus d'atrophie institutionnelle est celui d'une société où le consensuel et l'horizontalité semblent devoir nécessairement l'emporter sur la verticalité de la règle de droit. Là résiderait la portée du paradigme néoclassique contemporain³⁹⁵. En somme, alors que la loi souffre d'une perte d'autorité, le consentement jouit d'une légitimité et d'une attractivité exacerbées. Cette réalité nouvelle et particulièrement topique du post-modernisme sert à l'évidence les ardeurs des adorateurs de l'individualisme. Moins de contrainte, plus de liberté, tels seraient les piliers de cette nouvelle architecture sociale. Dans une telle perspective émancipatrice, le droit négocié semble supplanter sans cesse davantage les normes imposées, de sorte qu'un glissement progressif s'opère de l'institutionnel au consensuel, de l'unilatéralité à l'horizontalité, de l'objectivisme au subjectivisme.

120. L'application au droit des personnes. Mais s'il est légitime de supposer qu'une telle mutation ne peut prospérer qu'en dehors du droit des personnes, tant la protection des

³⁹⁵. V° sur ce point, N. POSTEL, Le pluralisme est mort, vive le pluralisme !, *Rev. L'économie politique*, avril 2011, n° 050.

intérêts supérieurs qui l'innervent dépend étroitement du droit objectif, le droit positif témoigne bien pourtant d'une réalité d'une autre nature. Nombreuses sont en effet les conventions qui se déploient frénétiquement en ces terres juridiques traditionnellement réfractaires, jusqu'à atteindre toutes les caractéristiques et composantes de la personne. Qu'elles aient trait à son existence, et plus spécialement à sa réalité charnelle ou sa capacité, ou qu'elles portent sur ses éléments d'identification ou sa sphère morale, leur licéité n'est plus aujourd'hui discutée. Encore ne faudrait-il pas croire que leur déferlement ne se heurte à aucune limite institutionnelle, puisqu'à l'évidence, l'acceptation inverse pourrait avoir pour effet d'obérer la dignité de la personne humaine, hypothèse bien trop insoutenable et non soutenue.

Titre II

L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DES ACCORDS DE VOLONTÉS

« *Tout groupe social organisé suppose le respect par ses membres d'un ensemble de règles.* »³⁹⁶

121. Le contrat : un fait social. Si le contrat n'est que volonté pure, il repose alors sur les passions, les sentiments, les impératifs moraux et les nécessités matérielles qui sous-tendent l'expression de cette volonté. Or, il est manifeste que de tels soubassements personnels peuvent par nature conduire la personne à émettre une volonté contraire, tant à ses propres intérêts, qu'à ceux de la collectivité. Il est vrai, et il semble difficile d'en disconvenir entièrement, que la volonté n'est « *guère concevable à l'état pur : elle s'exprime dans le monde des faits et des structures sociales, elle se manifeste en fonction des institutions façonnées par la loi, les usages ou les habitudes ; la nature des choses lui impose le nécessaire et lui interdit l'impossible* »³⁹⁷. À l'image de tout « *organisme vivant* »³⁹⁸, l'acte juridique³⁹⁹ qu'est le contrat est dès lors

³⁹⁶. P. ALBERTINI, *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, préc., p. 17.

³⁹⁷. P. RAYNAUD, Préface, in *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, J. HAUSER (dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, p. II.

³⁹⁸. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, op. cit., p. 16.

³⁹⁹. Sur la notion d'acte juridique, v° notamment, J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, op. cit. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse Perpignan, (dir.) J. AMIEL-DONAT, 1996 ; J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit des obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012 ; L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Thèse, Bordeaux, G. AUZERO (dir.), 2015.

amené à évoluer, à s'adapter aux évolutions sociétales⁴⁰⁰, tout en se conformant aux données objectives essentielles au maintien de l'ordre social. Il ne saurait ainsi être une essence figée, une constante immuable : il est au contraire en corrélation permanente avec les faits sociaux qui sous-tendent sa conclusion et son expansion⁴⁰¹. Mais il serait déraisonnable de croire que cette mise en adéquation résulte toujours du simple jeu des volontés individuelles ; bien au contraire les règles objectives paraissent-elles en certaines hypothèses devoir y contribuer en tempérant les excès inhérents à l'extension du pouvoir des volontés, particulièrement en droit des personnes. Mais dès lors, peut-on réellement déceler au sein du droit des personnes un phénomène de contractualisation ?

122. L'exclusion apparente de la qualification contractuelle. Il est vrai que mise à part toute confusion sémantique et mauvaise connaissance des notions clés de la dialectique, il semble à première vue que les accords constatés dans ce champ juridique ne puissent que déroger au régime juridique général du contrat tel que résultant du principe de l'autonomie de la volonté, voire plus radicalement échapper à toute qualification contractuelle, tant la liberté paraît ne devoir être, en bien des hypothèses, qu'une douce illusion. Aussi, si contrats il y a, ceux-ci paraissent ne pouvoir se développer qu'en marge des standards du droit commun. Or, dans cette quête de leur nature juridique, il semble bien qu'il faille quitter l'univers des certitudes anciennes. La société évolue, et le droit aussi, de sorte que les routes tracées d'antan ne sont peut-être plus celles qu'il convient d'emprunter aujourd'hui. Une simple lecture des conventions précédemment recensées permet en effet très rapidement la mise en exergue de la spécificité de la structure qu'elles doivent épouser afin que l'incommensurabilité humaine ne soit jamais obérée ; or celle-ci ne saurait raisonnablement être monochrome, mais doit au contraire être teintée d'autonomie et d'hétéronomie, tant certains principes supérieurs sont susceptibles d'être atteints par les volontés. Aussi importe-t-il, afin de pouvoir se prononcer ultérieurement sur la nature juridique réelle de ces accords de volontés, de déterminer tout d'abord précisément quels sont les motifs sous-jacents d'un tel entrelacs (Chapitre I). Mais la prospection ne saurait néanmoins raisonnablement s'arrêter là. À quoi bon en effet identifier les causes si ce n'est pour en déduire les conséquences ? Assurément une telle démarche serait

⁴⁰⁰. Le droit apparaît comme le produit d'une société donnée, dont il ne saurait s'abstraire. Il est ainsi étroitement lié à une communauté humaine, à un groupe social. Il en résulte que si le droit influe sur le groupe social qu'il encadre, ce même groupe social influe à son tour le droit, et plus particulièrement, modèle son évolution.

⁴⁰¹. Est ainsi approuvée l'approche du Professeur ANCEL selon lequel la notion de contrat, à l'instar de bien d'autres notions cardinales, est nécessairement relative et évolutive, puisqu'elle « *n'est pas une essence, un modèle éternel, figé une fois pour toutes* » : P. ANCEL, L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?, in *La contractualisation de la production normative*, préc, p. 309.

un contresens. Il s'en suit que doivent ensuite être analysées les incidences de l'immixtion institutionnelle sur les conventions relevées en droit des personnes (Chapitre II). Plus précisément conviendra-t-il déterminer si ce voile hétéronome recouvre une visée annihilatrice des volontés individuelles, et exclusive de toute qualification contractuelle ou si, au contraire, il permet le déploiement du contrat dans un champ disciplinaire où l'empreinte de l'ordre public de direction a toujours été particulièrement visible.

CHAPITRE I. LES SOUBASSEMENTS DE L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL

123. La dualité de soubassements. Alors que l'expansionnisme du pouvoir des volontés individuelles en droit des personnes croît exponentiellement depuis plusieurs décennies maintenant, émerge en filigrane l'impérieuse nécessité que les accords de volontés ne soient pas totalement détachés du droit objectif. La tutelle institutionnelle paraît en effet particulièrement cruciale en ce domaine. Mais procéder par affirmation, sans démonstration aucune, serait une paresse d'esprit dans laquelle il importe de ne pas se laisser attirer. Aussi convient-il ici tout d'abord de déterminer quels sont les facteurs justifiant que les conventions du droit des personnes demeurent en partie sous le jouc institutionnel. Or, deux soubassements, à la fois distincts et liés, semblent à l'œuvre : le premier, non exclusivement spécifique à ce champ juridique, réside dans le processus d'annihilation de l'ordre économique classique et la remise en cause consubstantielle des postulats contractuels traditionnels (Section 1). Quant au second, davantage caractéristique de celui-ci, il résulte d'une particularité commune aux différentes conventions précédemment présentées : l'état de vulnérabilité du contractant faible. (Section 2)

SECTION 1. LA REMISE EN CAUSE DES FONDEMENTS

CLASSIQUES DU CONTRAT

124. Les perspectives. La rhétorique consensuelle étend sans cesse davantage son emprise. Mais plus elle s'accroît, et plus l'homogénéité structurelle du contrat décroît. À une figure reposant sur la négociation et dont l'équilibre résulte du seul échange des consentements, sont venues s'adjoindre de nouvelles étrangetés faisant abstraction du processus des pourparlers

et reposant sur une inégalité *inter partes*. Aussi importe-t-il que soient prévenus tous risques d'excès, voire d'abus de cette situation de faiblesse de l'un des contractants. Or, le contrebalancement ne peut s'opérer que par le truchement de règles hétéronomes,⁴⁰² plus ou moins marquées, répondant ainsi aux exigences induites par la réalité nouvelle de l'équilibre contractuel (§ I). Mais pour ce faire, encore convient-il dès lors de délaisser toute vision abstraite du contrat, pour s'intéresser davantage aux spécificités concrètes de la relation (§ II).

§ I. LA RÉALITÉ NOUVELLE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

125. L'asymétrie conventionnelle. La définition volontariste⁴⁰³ du contrat impliquant que celui-ci soit l'œuvre des parties, et d'elles seules, repose sur deux idées sous-jacentes : celles de liberté et d'égalité des contractants qui seraient strictement inhérentes au mécanisme contractuel. Aussi dans la présente quête qualificative n'est-il pas anodin de relever que le droit des personnes accueille bien souvent des accords échappant en tout ou partie à la volonté des individus. Mais pourquoi le droit objectif vient-il ici encadrer étroitement le déploiement des droits subjectifs ? Plus précisément convient-il de déterminer quels sont les facteurs justifiant une telle interférence. Or, il semble bien que celle-ci trouve son siège dans l'insuffisance du consensualisme à garantir en toutes hypothèses – et particulièrement en droit des personnes - l'équilibre des accords (A), de sorte que l'asymétrie conventionnelle doit alors nécessairement être compensée par le corpus juridique institutionnel (B)

A. L'incomplétude du consensualisme

126. À priori, l'étude du formalisme et du consensualisme⁴⁰⁴ soulève la question de la formation des actes juridiques, et plus particulièrement, du contrat. L'opposition entre les deux

⁴⁰². « *En envahissant les terres de l'hétéronomie, le Droit des contrats s'en imprègne (...)* » : A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Coll. Points, Essai, 2009, p. 169.

⁴⁰³. Sur cette approche, v° notamment, A. E. DE SAINTE MARIE, L'« interprétation créatrice » : interprétation et détermination du contenu du contrat, *Rev. des contrats*, 31 mars 2015, n°1, p. 166, spéc. n°11.

⁴⁰⁴. Pour une étude des notions, v° notamment B. NUYTEN et L. LESAGE, Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, *Deffrénois*, 30 avril 1998, n°8, p. 897 ; Ph. MALAURIE, Regards sur le formalisme en droit privé, *Deffrénois*, 30 mars 2005, n°6, p. 481.

thèses est le fruit d'une longue évolution historique, ayant abouti à la reconnaissance de principe du consensualisme comme point cardinal du droit commun des contrats. (1) Pourtant, plus qu'à la mise en lumière de l'existence d'une séparation étanche entre les deux modes de formation, c'est bien plutôt à la mise en exergue de la complémentarité du formalisme que l'étude des accords de volontés dans ce champ juridique doit *in fine* aboutir : aussi, « *loin d'être en opposition avec le consensualisme, le formalisme est plutôt son complément essentiel* »⁴⁰⁵ (2).

1. La consécration première du consensualisme

127. La notion de consensualisme. Un contrat consensuel est un contrat dont la formation ne dépendrait que de la seule rencontre des volontés des parties⁴⁰⁶. En somme, le consensualisme s'entend de l'absence de dispositions impératives quant à la forme ou au contenu de l'accord. Aussi, « *dans le contrat, le résultat juridique est issu de l'accord des volontés, opération essentiellement interne que les dehors ne font que révéler* »⁴⁰⁷.

128. La consécration historique du consensualisme. Si à l'échelle du temps juridique ce principe est relativement récent, sa consécration n'en demeure pas moins le fruit d'une longue évolution historique. C'est ainsi qu'à « *l'aube des Temps modernes, le consensualisme est déjà bien installé dans la vie du droit* »⁴⁰⁸. Mais ce n'est qu'à partir du XII^{ème} siècle que les juristes médiévaux se sont efforcés d'assouplir les règles héritées du droit romain et redécouvertes au sein des compilations Justinienne⁴⁰⁹. Aussi les juristes canonistes⁴¹⁰, s'appuyant sur la morale chrétienne⁴¹¹, ont-ils fait progressivement de la parole

⁴⁰⁵. É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *Les cahiers de droit*, vol. 43, n° 2, 2002, p. 275.

⁴⁰⁶. V° notamment en ce sens, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations. Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, pp. 6-7, spéc. n° 15.

⁴⁰⁷. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1925, t. III, n° 204, p. 103.

⁴⁰⁸. X. PRÉVOST, La réticence des humanistes envers le consensualisme, *Rev. des contrats* 31 mars 2015, n° 1, p. 40.

⁴⁰⁹. Sur ce point, X. PRÉVOST, *ibid.*

⁴¹⁰. V° notamment en ce sens, A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Coll. Points, Essais, 2009, *op. cit.*, p. 153, selon qui « *ce sont eux les inventeurs de la règle Pacta sunt servanda* ».

⁴¹¹. Le respect de la parole donnée a été initialement inscrit comme une règle morale, « *fondée sur les Écritures et sur la jurisprudence des Pères de l'Église* » : A. SUPIOT, *ibid.*

donnée l'expression de la foi jurée⁴¹². L'évolution⁴¹³ s'est ensuite poursuivie jusqu'à la consécration du principe, d'abord sous la plume de Domat⁴¹⁴, puis, semble-t-il, par les rédacteurs de 1804, le XIXe siècle apparaissant ainsi comme ayant opéré « *un tournant important puisqu'à partir de ce moment le consensualisme n'est plus uniquement lié au mode de formation du contrat, la doctrine en faisant l'un des aspects fondamentaux de la théorie de l'autonomie de la volonté* »⁴¹⁵.

129. L'approche déductive du consensualisme. Pourtant, curieusement, le Code Napoléon ne faisait à l'origine aucune référence expresse⁴¹⁶ à ce principe consensualiste. À tout le moins celui-ci se déduisait-il de certaines dispositions. C'est ainsi que l'article 1108 ancien qui exigeait le consentement sincère et intègre des parties au titre des conditions de formation du contrat devait s'entendre, *a contrario*, comme n'exigeant rien d'autre que celui-ci, et plus précisément, ne nécessitant aucune forme pour qu'il déploie ses effets. De même, la suffisance du consentement transparaissait-elle des dispositions des anciens articles 1138 pour les contrats en général, et 1583 plus spécifiquement pour le contrat de vente⁴¹⁷. Certes la réforme de février 2016 est venue reconnaître expressément l'existence des contrats consensuels⁴¹⁸ ; mais elle fait également mention, à leurs côtés, de ceux formels.

130. Les risques inhérents au consensualisme. Aussi, si le principe du consensualisme s'est de la sorte imposé comme l'un des piliers du régime général, il n'est

⁴¹². V° notamment sur ce point, X. PRÉVOST, La réticence des humanistes envers le consensualisme, art. *op. cit.*, n°1, p. 40, selon qui la parole donnée obligeait ainsi initialement les hommes devant Dieu, puis devant le juge, ce qui justifie la formulation de l'article 1134 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties* ». Adde B. NUYTTEN et L. LESAGE, Formations des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, art. *op. cit.*, n° 8, p. 497, spéc. n° 16. É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, art. *op. cit.*, p. 285.

⁴¹³. Grotius fut largement inspiré par les *Commentarii de jure civili*, œuvre majeure de l'humaniste Hugues Doneau. Sur ce point, X. PRÉVOST, La réticence des humanistes envers le consensualisme, *ibid.*

⁴¹⁴. Voir en ce sens É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *ibid.*

⁴¹⁵. É. CHARPENTIER, *ibid.*

⁴¹⁶. Pour une affirmation jurisprudentielle du principe, v° notamment, Cass. 3^{ème} civ., 12 juil. 1983, *Bull. civ.* III, n°165, p. 126 – Adde sur la question, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse dactyl. Paris, 1965 ; DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse Nancy, 1974.

⁴¹⁷. V° sur cette déduction du consensualisme des dispositions du Code civil, X. PRÉVOST, *ibid.* ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, *op. cit.*, spéc. n° 17.

⁴¹⁸. C. civ., art. 1109.

cependant « *que la partie visible d'un iceberg que forme, réforme et déforme la pratique* »⁴¹⁹. Traditionnellement, en effet, lorsqu'on se réfère aux sources du consensualisme, on ne cite qu'une partie du proverbe duquel le fameux « *brocard de Loysel* »⁴²⁰, « *on lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles,* » a été inspiré. Ce célèbre adage⁴²¹ est par ailleurs devenu depuis « *l'étendard du consensualisme au point que la plupart des manuels contemporains de droit des contrats le citent encore* »⁴²² expressément. Mais c'est bien vite oublier que la seconde partie de celui-ci révèle la dangerosité qu'il peut, de manière ambivalente, présenter. En énonçant que « *comme les bœufs par les cornes on lie, Aussi les gens par leur mots font folie* »⁴²³, ce passage démontre qu'un certain formalisme peut avoir pour effet de protéger les contractants contre les excès de la liberté et de l'individualisme. Est ainsi illustrée « *la réprobation générale de l'engagement contractuel sans forme que soulevèrent les idées des canonistes* »⁴²⁴. D'aucuns ont ainsi très justement pu remarquer que « *dans la mesure où l'échange des consentements suppose leur manifestation, le recours à une forme est toujours nécessaire. Le consensualisme pourrait donc être défini comme la liberté de la forme plutôt que comme l'absence de forme* »⁴²⁵. Entendu ainsi, le consensualisme ressort bien plutôt comme un îlot de liberté dans un océan de formes, justifiant ainsi l'existence initiale du formalisme ainsi que son renouveau contemporain, ce dernier apparaissant parfois comme le complément nécessaire du premier, et le droit des personnes en témoigne nécessairement. En somme, si le consensualisme est l'alpha du régime de droit commun du contrat, il paraît toutefois ne pas en être l'oméga.

⁴¹⁹. P. TERCIER, Droit civil – Rapport général, in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées suisses, t. XXXIV, Paris, Economica, 1985, p. 25.

⁴²⁰. É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *op. cit.*, p. 282.

⁴²¹. Il est particulièrement surprenant que cet adage puise en réalité ses origines dans des formules strictement opposées à ce principe consensualiste. V° sur ce point, G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, « *Verba ligant homines, taurorum cornua funes,* in *Mélanges P. PETOT*, LGDJ, 1959, p. 507-517.

⁴²². X. PRÉVOST, La réticence des humanistes envers le consensualisme, *op. cit.*, n°1, p. 40.

⁴²³. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, Durand librairie, 1846, n°357, p. 359

⁴²⁴. É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *op. cit.*, p. 283.

⁴²⁵. É. CHARPENTIER, *ibid.*

2. La complémentarité⁴²⁶ du formalisme

131. L'antériorité du formalisme. Il est vrai que le consensualisme est loin d'avoir régné sans partage sur l'empire contractuel. Dès l'Antiquité déjà, l'imposition de conditions de forme pour la création du lien contractuel prédominait⁴²⁷. S'il existait, certes, certains contrats consensuels, ceux-ci ne constituaient qu'une part infime de l'édifice contractuel⁴²⁸, et n'étaient « tolérés » par le droit « *que dans la mesure où la bonne foi l'exigeait* »⁴²⁹. Aussi, même si le formalisme préexiste chronologiquement au consensualisme, et que ce dernier semble avoir été consacré au détriment du premier par une partie de la doctrine civiliste contemporaine, il ne faudrait cependant pas tomber dans l'illusion d'un « *évolutionnisme juridique, qui ferait de la marche vers le consensualisme l'horizon historique du droit des contrats* »⁴³⁰.

132. Les vertus du formalisme. Le formalisme a en effet encore un rôle à jouer⁴³¹, et peut-être même plus qu'hier encore⁴³². Aussi, même si celui-ci a pendant un temps été délaissé⁴³³, il n'a cependant jamais totalement disparu des travaux juridiques, certains auteurs ayant même particulièrement bien mis en exergue ses principales vertus. Ihering estimait ainsi déjà que le formalisme est « *l'ennemi juré de l'arbitraire* », « *la sœur jumelle de la liberté* »⁴³⁴ et affirmait que « *le droit ne souffre point l'absence complète de formes, tandis qu'il peut vivre sous le règne exclusif du formalisme ; il supporte même plus facilement l'extrême rigueur que*

⁴²⁶. Voir sur cette complémentarité du formalisme, É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *op. cit.*, p. 286, selon qui les formes imposées aux contractants peuvent être perçues comme « *des compléments essentiels du consensualisme* ».

⁴²⁷. B. NUYTEN et L. LESAGE, Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, *préc.*, spéc. n° 15.

⁴²⁸. En droit romain, c'est bien plutôt le principe de l'inefficacité juridique de la parole donnée qui prévalait. « *Ex nudo pacto, actio non nascitur.* » - Ulpian (I, 7, § 4, D. 2, 14, de pactis) ; Paul (Sentences 2, 14, I), cité par A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 151.- Adde, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 124.

⁴²⁹. É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *op. cit.*, p. 278.

⁴³⁰. X. PRÉVOST, La réticence des humanistes envers le consensualisme, *op. cit.*, p. 40.

⁴³¹. Tandis que le consensualisme est destiné aux contractants forts, le formalisme quant à lui est fait pour les faibles : Ph. MALAURIE, Regards sur le formalisme en droit privé, *Deffrénois*, 30 mars 2005, n° 6, p. 481.

⁴³². Sur le retour du formalisme en droit des contrats, v° notamment, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations. Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., *op. cit.*, n° 30, pp. 10-11.

⁴³³. Le développement des échanges commerciaux à compter du XII^{ème} siècle a induit la nécessité d'assouplir les formes qui encadraient la validité des conventions. De même, lors de la rédaction du Code de 1804, les principaux contrats qui ont servi de grille de lecture aux rédacteurs dans la formulation du droit commun des obligations étaient des contrats de gré à gré, et plus particulièrement des contrats de vente. Or, nul n'ignore que de tels accords ne souffrent que rarement l'absence de forme.

⁴³⁴. Voir en ce sens l'analyse faite des propos d'Ihering par É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *op. cit.*, p. 279.

le manque absolu de forme »⁴³⁵. De même Savigny écrivait-il qu' « *il est désirable que les conventions ne soient pas conclues à la hâte, mais qu'on réfléchisse mûrement aux conséquences qui en découlent* »⁴³⁶.

133. Le caractère protecteur du formalisme. Aussi n'y-a-t-il rien d'hérétique à admettre que le formalisme, par exemple celui informatif, participe à la protection du consentement contractuel, puisqu'à l'évidence il tend à offrir aux contractants les moyens utiles à une prise de conscience effective de la portée réelle de leurs engagements. Le même raisonnement peut être poursuivi plus largement à l'égard du formalisme « *validant* »⁴³⁷. Une nuance peut toutefois être opérée à l'égard de celui requis à titre probatoire puisque ce dernier sert davantage les intérêts patrimoniaux de la personne⁴³⁸. Rien de surprenant alors à constater que le traditionnel principe du consensualisme est bien souvent évincé par un formalisme de plus en plus prégnant, qu'il soit requis « *ad validitatem (...) ou ad probationem* »⁴³⁹, puisqu'il apparaît en bien des hypothèses comme le soutien et le cadre indispensables à l'épanouissement des volontés individuelles. Nul besoin en effet de forcer beaucoup le trait pour affirmer qu'il contribue à l'effectivité de « *la protection de la liberté* »⁴⁴⁰. Comment en effet ne pas entrapercevoir les vicissitudes inhérentes à un consentement donné en situation de faiblesse ? N'y-aurait-il pas en effet quelques hérésies à soutenir que seul le consensualisme sert la liberté et la sécurité juridique ? Assurément si, tant il est évident que consentir sans connaissance de cause et en infériorité économique ou informative s'avère attentatoire à la liberté contractuelle, de sorte que le formalisme apparaît bien plus comme comptant « *parmi les instruments indispensables d'une bonne technique juridique* »⁴⁴¹. Paré ainsi des plus belles vertus, le formalisme doit dès lors s'entendre non d'un mécanisme annihilateur des volontés

⁴³⁵. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, Paris, Librairie Mareseq Ainé, 1889, note 5, p. 170.

⁴³⁶. SAVIGNY, cité par R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 189.

⁴³⁷. Sur ces notions, v° notamment *Lamy des contrats*, Étude 175-11, Formalisme a priori : informatif ou validant.

⁴³⁸. Un tel formalisme, requis notamment s'agissant de la cession du droit d'auteur, permet en effet au cédant de se prévaloir plus facilement de l'acte afin d'en retirer la prestation convenue.

⁴³⁹. P. PUIG, Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 291

⁴⁴⁰. É. CHARPENTIER, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme, *ibid.* Selon cette auteure, le formalisme apparaît comme le « *symbole de l'inscription de la volonté des contractants dans un cadre social* », et d'ajouter que « *l'utilisation du formalisme, dans ce contexte, ajoute à la volonté : elle la protège, lui assure une effectivité* ».

⁴⁴¹. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921, p. 121.

individuelles, mais bien plutôt comme le vecteur de leur protection et de leur expansion⁴⁴². Une telle acception est par ailleurs particulièrement topique en droit des personnes puisque les accords constatés reposent bien souvent sur une asymétrie *inter partes*, justifiant que le consentement « pur » des parties soit bien souvent insuffisant à emporter la création d'obligations juridiquement contraignantes et conformes à leurs intérêts individuels respectifs ainsi qu'à celui général de la société. Aussi, « *au sortir d'une adolescence baignée d'individualisme* »⁴⁴³, le régime général du contrat, et plus encore celui des accords de volontés en droit des personnes, tendent-ils vers le nécessaire rééquilibrage de l'acte et la protection du contractant en situation de faiblesse.

B. L'asymétrie de principe des accords de volontés en droit des personnes

134. L'inégalité inter partes. Alors que le contrat a pendant longtemps été considéré équilibré par l'effet du seul échange des consentements, le droit positif témoigne d'une réalité toute autre. Mais quelle est-elle précisément ? À l'évidence, elle est celle des faux-semblants, des présupposés de façades, puisque l'égalité contractuelle ne saurait être de l'essence du contrat.

135. Hétérogénéité de l'asymétrie. Comment en effet encore raisonnablement soutenir la véracité du présupposé de l'égalité des contractants alors que le droit objectif révèle chaque jour davantage de conventions reposant sur l'inégalité de fait des parties ? À l'évidence, l'affirmation serait un contresens, tant l'hétérogénéité des hypothèses d'asymétries laisse supposer que l'égalité de principe est désormais un mythe périmé.

136. Le défaut de réciprocité entre les parties. Traditionnellement, le contrat est réputé être équilibré et conforme aux intérêts des parties par la seule rencontre de leurs volontés. C'est en effet un poncif que de rappeler la célèbre formule de Fouillée selon laquelle « *qui dit contractuel dit juste* »⁴⁴⁴, ou encore celle d'Emmanuel Gounot : « *tout contrat libre est un*

⁴⁴². Comme le disait Lacordaire, « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* » : LACORDAIRE, 52^{ème} conférence de Notre-Dame, 16 avril 1848.

⁴⁴³. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, p. 357.

⁴⁴⁴. A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1929, p. 410 ; Et pour une analyse de cette formule, v° notamment L. ROLLAND, « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillée)...en trois petits bonds, à reculons, *Mc Gill Law Journal*, 2006.765.

contrat juste »⁴⁴⁵. Celles-ci reposent sur l'idée sous-jacente que nul ne saurait vraisemblablement vouloir quelque chose de contraire à ses propres intérêts. Si une telle acception peut raisonnablement être soutenue à l'égard des contrats dans lesquels les personnes s'engagent en toute liberté, sans aucune contrainte économique⁴⁴⁶ ou affective, et en pleine connaissance de la portée réelle de leurs engagements, autrement dit, lorsque qu'existe une stricte égalité de puissance et de connaissance entre les cocontractants, il semble bien qu'elle doive en revanche être estompée dans les autres hypothèses. Emmanuel Gounot dans sa thèse reconnaît ainsi l'existence d'une « *présomption de justice* » s'agissant des contrats conclus entre « *deux personnes raisonnables et libres, placées dans des situations égales* »⁴⁴⁷. Il tempère toutefois bien vite son raisonnement en affirmant que cette « *présomption peut être contredite par les faits* »⁴⁴⁸. Or, tel est à l'évidence le cas lorsque le contrat met en scène deux parties de forces, de positions, voire de connaissances inégales. Aussi, seuls les contrats réputés – ou présumés – équilibrés semblent à-mêmes d'offrir un cadre propice au développement d'une volonté nécessairement conforme aux intérêts individuels des deux parties, ceux présentant une asymétrie structurelle devant alors être rééquilibrés⁴⁴⁹ afin que soit assurée la protection de la partie faible⁴⁵⁰. Sauf exceptions⁴⁵¹, il ne s'agira pas principalement d'un défaut de commutativité⁴⁵² entre les obligations réciproques⁴⁵³, mais bien plutôt d'un défaut d'égalité

⁴⁴⁵. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912, p. 76.

⁴⁴⁶. Le plus fort peut ainsi parfaitement dicter sa loi au plus faible. En ce sens, l'exercice de sa liberté contractuelle par l'un des contractants peut justement avoir pour effet de lui faire perdre d'autres libertés. Il en va notamment ainsi d'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail.

⁴⁴⁷. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. op. cit., pp 380-385.

⁴⁴⁸. Le déséquilibre contractuel présente un caractère dual. Celui-ci peut en effet être « potentiel » et résulta alors d'une stipulation contractuelle ; mais il peut aussi parfaitement affecter la relation dans son ensemble, et résulte alors du défaut d'équivalence des prestations contractuelles. V° sur ce point, S. Le GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. préc., pp. 9-10.

⁴⁴⁹. Tandis qu'une distance doit donc être prise avec l'approche de Fouillée, « *qui dit contractuel dit juste* », un rapprochement doit être effectué avec celle de Lacordaire, « *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit* ».

⁴⁵⁰. Sur cette notion, L. JOSSERAND, La protection des faibles par le droit, Conférence donnée à Beyrouth en octobre 1934, in *Évolutions et actualités*, Sirey, 1936, p. 159 et s., spéc. p. 168.

⁴⁵¹. Certaines exceptions existent cependant, et trouveront alors réparation sur le fondement de la lésion.

⁴⁵². La notion de commutativité renvoie à celle d'équivalence.

⁴⁵³. Dans de rares exceptions, l'accord de volontés accueillera un déséquilibre entre les prestations des parties. Tel est le cas des cessions du droit d'exploitation d'une œuvre en dépit de l'existence d'un aléa. L'article L. 131-5 du CPI prévoit en effet qu' « *en cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes, dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions du prix du contrat* ».

entre les contractants, que d'aucuns nomment « *défaut de réciprocité* »⁴⁵⁴. Or, si le droit positif est ainsi innervé de multiples conventions dans lesquelles les parties n'œuvrent pas sur un même pied d'égalité, encore importe-t-il de relever que, sur ce point également, le droit des personnes ne saurait être constitutif d'une exception.

137. Le déséquilibre informatif. Il peut ainsi notamment s'agir d'une asymétrie informationnelle résultant d'un défaut de connaissance du contractant faible. Nul ne contestera en effet une telle position du malade vis-à-vis du praticien de l'acte médical, de même qu'une personne qui accepterait de se prêter à une recherche portant sur la personne humaine ne saurait être considérée comme détenant, *ab initio*, l'ensemble des informations utiles à consentir de manière totalement éclairée à l'investigation. Et la liste peut être poursuivie à l'égard de l'ensemble des actes portant sur la réalité charnelle de la personne. Présenté ainsi, le déséquilibre *inter partes* résulte en ce cas du défaut d'information et de spécialisation du contractant non professionnel. À l'évidence, l'homme de science dispose de connaissances dont ne saurait se prévaloir un individu profane en ces domaines.

138. Le déséquilibre substantiel. Mais en droit des personnes spécifiquement, un déséquilibre d'une toute autre nature semble émerger : celui résultant de la typicité de l'objet des accords. Plus précisément, il n'est pas anodin de constater que les volontés individuelles ont aujourd'hui prise sur les attributs extrapatrimoniaux de la personne, cette dernière étant alors dans la position singulière qui fait d'elle à la fois le sujet et l'objet de l'accord. Aussi semble-t-il possible de considérer comme étant par nature déséquilibré, un accord de volontés prenant pour objet le corps de la personne, ses éléments ou produits, voire les attributs moraux de celle-ci, l'acte étant en effet susceptible de porter atteinte à sa dignité⁴⁵⁵. L'emprise des volontés individuelles sur de telles « choses » n'est en effet pas anodine, tant l'intégrité physique et morale de la personne peuvent s'en trouver bafouées. Aussi semble-t-il raisonnable

⁴⁵⁴. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. op. cit. p. 96.

⁴⁵⁵. Le rééquilibrage d'une telle asymétrie, s'il vise à protéger les intérêts individuels de la personne, recouvre également un objectif plus large, celui de la protection de l'intérêt général. Dès lors qu'est en jeu la dignité de la personne humaine, c'est au-delà celle de l'espèce humaine qui est atteinte. Aussi, en droit positif, l'acte contractuel apparaît comme un fait social ne pouvant dès lors plus être « *appréhendé comme le jardin secret des contractants* » : D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *Rev. des contrats*, 1^{er} déc. 2003, n°1, p. 295. V° également en ce sens I. DHAINAUT, *Les idées de R. Demogue en droit des contrats dans son traité des obligations en général*, *Les annales de l'école doctorale de Lille II*, 1998, p. 9, spéc. n°6, pp. 14 et s. - Adde, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997, op. cit., p. 357 et s., spéc. n°3, p. 359, selon qui « *le contrat n'apparaît plus comme un monde fermé, hermétiquement clos ; mais qu'il est soumis aux influences extérieures, entre en interaction avec l'ordre juridique qui l'accueille et le modèle* ».

de considérer que lorsque la personne est à la fois sujet et objet de l'accord⁴⁵⁶, celle-ci se trouve nécessairement en position d'infériorité vis-à-vis de son partenaire, de sorte qu'une certaine bienveillance hétéronome paraît devoir nécessairement accompagner le jeu des volontés⁴⁵⁷. Sans doute la règle de la spécialité du consentement du titulaire de l'attribut, les règles de formes validantes, ou encore les différentes facultés de retrait et de dédit applicables aux conventions en droit des personnes s'inscrivent-elles dans une telle perspective. C'est ainsi une conception personnaliste⁴⁵⁸ du droit et une vision davantage subjectiviste des accords de volontés qui sont sommées de se développer, afin de maintenir « *la personne humaine comme une valeur qui se situe au-dessus des autres valeurs* »⁴⁵⁹. Mais c'est au-delà la nécessité d'oser enfin conclure à la péremption du mythe de l'égalité des contractants qui est confirmée.

§ II. LA PÉREMPTION DU MYTHE DE L'ÉGALITÉ DES CONTRACTANTS

139. Il est vrai que l'évolution contemporaine de la structure du contrat (A) et la catégorisation croissante des contractants (B) tendent à confirmer que l'idée d'une stricte égalité contractuelle, qui s'imposerait d'elle-même systématiquement ne paraît ne plus pouvoir être raisonnablement défendue aujourd'hui.

⁴⁵⁶. Sur la possibilité pour la personne de participer de l'objet d'un contrat, v° notamment, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc. ; M. MEKKI, *Le nom, objet de contrat*, Th. préc. ; C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc. – Adde sur la coexistence du « corps-sujet » et du « corps objet », M. MARZANO, *Penser le corps*, PUF, 2008, préc., p. 4 et p. 31.

⁴⁵⁷. V° notamment sur ce point, M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n°208, spéc. p. 328, selon qui « *il est en effet particulièrement impératif de protéger la partie faible lorsqu'elle constitue la matière du contrat alors qu'il peut paraître moins urgent de le faire lorsque seuls ses intérêts patrimoniaux – si importants soient-ils – sont en cause* ».

⁴⁵⁸. La primauté de la personne humaine a expressément été consacrée à l'article 16 du Code civil, cette disposition ayant été perçue par certains « *comme une véritable proclamation de philosophie personnaliste* » : J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, *La famille*, PUF, 2000, n°1, p. 22.

⁴⁵⁹. C. NOBLOT, *La qualité de contractant comme critère légal de protection. Essai de méthode législative*, Préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 105, pp. 58-59. Ce courant de pensée, influencé par le christianisme et l'humanisme, a prospéré en France notamment sous l'œuvre d'E. Mounier : E. MOUNIER, *Le personnalisme*, PUF, Que sais-je ?, 16^{ème} éd. 1995. Le personnalisme implique que la personne humaine soit considérée comme « *la priorité absolue par rapport aux contraintes matérialistes de la société...* » : C. NOBLOT, *La qualité de contractant comme critère légal de protection. Essai de méthode législative, op. cit.*, n°105, p. 59.

A. L'évolution de la structure du contrat

140. De nouvelles figures contractuelles. Dans l'esprit des rédacteurs du Code de 1804, « *la valeur de l'engagement libre devait l'emporter sur le déséquilibre du contrat* »⁴⁶⁰. Une telle acception peut se justifier au regard du faible nombre d'hypothèses dans lesquelles les accords de volontés étaient réputés déséquilibrés à cette époque. Le principal contrat à partir duquel raisonnaient les commentateurs était en effet celui de gré à gré, dont l'exemple le plus topique est le contrat de vente⁴⁶¹. Or, dans cette espèce, les cas de déséquilibres sont plutôt rares⁴⁶², ceux-ci ne s'étant réellement développés qu'à compter du début du XX^e siècle. Pourtant, cette obsolescence du principe d'égalité contractuelle n'est pas nouvelle, puisqu'on en trouve en effet déjà des traces dans la société de l'Ancien Régime⁴⁶³.

Néanmoins, aussi ancien soit-il, l'affaiblissement de ce mythe⁴⁶⁴ ne s'est accentué qu'à compter de ces dernières décennies en raison de l'expansion et de la diversification du phénomène contractuel. « *Personne ne soutient plus, en effet, que le contrat serait une rencontre d'individus égaux et désincarnés, laquelle conduirait nécessairement à l'équilibre* »⁴⁶⁵. Plus encore, selon Ripert, « *le déséquilibre, c'est l'aléa du contrat* »⁴⁶⁶. Aussi cette remise en cause du postulat traditionnel de l'égalité contractuelle contribue-t-elle sans nul doute à la « crise » du contrat maintes fois constatée et dénoncée⁴⁶⁷, mais aussi, convient-il de

⁴⁶⁰. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1950, n° 12.

⁴⁶¹. Comme le note un auteur, « *certain pactes « sont gras et chauds de nature et un rien suffit à les habiller », comme la vente ou le louage [...]. Pour les autres, il faut des vêtements moins légers que le simple consensus (...)* » : A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, préc., p. 153.

⁴⁶². Par exemple, un tel déséquilibre existera et sera sanctionné en matière de vente immobilière, lorsqu'existe une lésion de plus des sept douzièmes.

⁴⁶³. V° en ce sens, H. M. MONEBOULOU MINKADA, MONEBOULOU MINKADA, La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle, *Juridical Tribune*, Vol. 4, Issue 1, June 2014, p. 97.

⁴⁶⁴. V° notamment sur ce point, D. MAZEAUD, Le nouvel ordre contractuel, *Rev. des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 295. Selon cet auteur, « *le droit des contrats reposait jadis sur une utopie. Celle de contractants qui, en toute liberté et interdépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité. Utopie qui s'est traduite, par la grâce des interprètes du Code dans sa partie relative au contrat, par la théorie de l'autonomie de la volonté aux termes de laquelle, puisque la liberté et l'égalité en sont, lors de sa création, le ferment, le contrat incarne nécessairement la justice* ».

⁴⁶⁵. Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, *Mélanges Paul DIDIER*, 2008, p. 264.

⁴⁶⁶. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^e éd., 1949, n° 85, p. 152.

⁴⁶⁷. L'altération de la notion de contrat a plusieurs fois été décrite. V° notamment sur ce point, H. BATIFFOL, La crise du contrat et sa portée, *Arch. phil. du dr.*, *Les notions de contrat*, T. XIII, Sirey 1968, p. 13 ; G. ROUHETTE, La force obligatoire du contrat, rapport français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, D. TALLON et D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27 ; J. GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990.147.

préciser, parfois relativisée par la doctrine. L'altération de la notion de contrat traduirait ainsi l'émergence d'une idée directrice : celle selon laquelle la force obligatoire ne saurait encore se déduire de la seule expression des volontés autonomes. Plus précisément, le contrat ne saurait encore être considéré comme juste car accepté par les parties. C'est ainsi un contrôle de l'équilibre des prestations contractuelles qui est apparu nécessaire⁴⁶⁸. Il a été rappelé à cet égard, s'agissant de la formule de Fouillée « *qui dit contractuel dit juste* » qu'il n'entend « *pas dire que tout ce qui est formellement consenti crée un lien de droit et d'obligation, mais au contraire que seuls les accords authentiquement contractuels sont susceptibles de produire de tels effets* »⁴⁶⁹. Ainsi considéré, rien ne semble faire obstacle dans la pensée de l'auteur à ce que dans les accords où la volonté est insuffisante en soi pour garantir l'équilibre contractuel, les pouvoirs publics fassent œuvre d'intervention correctrice. Le droit objectif se doit en effet « *de refuser de couvrir l'accord des parties dès lors qu'il est générateur de déséquilibres flagrants* »⁴⁷⁰. Pour ce faire, le législateur doit en amont définir quels types de contrats reposent sur une asymétrie structurelle, et partant, quels sont les contractants devant bénéficier d'une protection objective de leur engagement. Sans doute l'analyse de la contractualisation en droit des personnes peut-elle se révéler enrichissante à cet égard.

B. La nécessaire catégorisation des contractants

141. Vers une justice distributive. Traditionnellement assis sur la justice commutative⁴⁷¹, le contrat est perçu comme nécessairement juste et conforme aux intérêts des contractants puisque celui-ci a été librement accepté par eux. En effet, « *le contrat, sous sa forme canonique, lie des personnes égales qui ont librement souscrit des obligations*

⁴⁶⁸. De cette nécessité est né un « *ordre public de l'économie interne du contrat* ». V° sur ce point, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, p. 4.

⁴⁶⁹. J.-F. SPITZ, *Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée*, *RTD civ.*, 2007, p. 281 et s.

⁴⁷⁰. J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Poitiers 24-25 oct. 1985, PUF, 1986, p. 46.

⁴⁷¹. C'est dans le livre V de l'Éthique à Nicomaque qu'Aristote entreprend la présentation de la justice commutative, ou plus exactement, du juste dans les commutations volontaires, c'est-à-dire dans les conventions. Formulé différemment, les prestations réciproques des parties doivent être équivalentes, à défaut de quoi l'équilibre interne du contrat en souffre. En droit des personnes, seuls de rares cas relèvent d'un déséquilibre interne, puisque l'asymétrie est bien plus souvent externe à l'acte. V° ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. JULES, Paris, Vrin, 1997.

généralement réciproques »⁴⁷². Pourtant, comme il vient d'être exposé plus en amont, le développement du phénomène contractuel met en scène un nombre croissant d'accords déséquilibrés⁴⁷³. Le droit contemporain des contrats ne doit dès lors plus fermer les yeux sur l'objectif de protection de la partie faible, de sorte que le contrat ne doit plus simplement être considéré en lui-même, puisqu'il importe de tenir compte de « l'identité »⁴⁷⁴ et de la qualité du contractant, afin que lui soient offerts, le cas échéant, une protection à la fois promotionnelle et compensatoire⁴⁷⁵. En somme, il s'agit d'« attribuer des avantages en fonction de justes causes d'inégalités »⁴⁷⁶, et l'état de vulnérabilité de l'une des parties en est assurément une.

SECTION 2. L'INTIMITÉ DES ACCORDS DE VOLONTÉS

AVEC LA VULNÉRABILITÉ HUMAINE

142. Dualité d'hypothèses de vulnérabilité. Alors que « les racines de la vulnérabilité sont multiples et presque infinies »⁴⁷⁷, elle apparaît, en droit des personnes, principalement de

⁴⁷². A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 168.

⁴⁷³. V° en ce sens, A. SUPIOT, *ibid*, selon qui le phénomène de contractualisation du droit « multiplie les hypothèses de conflits d'intérêts et donc le besoin d'une déontologie contractuelle fondée sur la considération des personnes concrètes ». L'auteur renvoie sur ce point à l'analyse de C. LABRUSSE-RIOU De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 499.

⁴⁷⁴. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, op. cit., p.49. La qualité de contractant renvoie à « la condition juridique, civile, sociale, ou, plus généralement, la situation, les caractéristiques d'une personne (...) ». Plus généralement, la qualité peut être soit subjective et se référer aux caractéristiques subjectives de la personne, soit objective et renvoie alors à la catégorie à laquelle celle-ci appartient. V° sur ce point, C. NOBLOT, *La qualité de contractant comme critère légal de protection. Essai de méthode législative*, Préf. F. LABARTHE, op. cit., pp. 10-11, spéc. n°13.

⁴⁷⁵. V° en ce sens F. LABARTHE, Préface, in C. NOBLOT, *La qualité de contractant comme critère légale de protection. Essai de méthode législative*, op. cit.

⁴⁷⁶. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), L.G.D.J., 1994, n°200, p. 152.

⁴⁷⁷. *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006, n° 1016, p. 22.

deux ordres qu'il importe de distinguer selon leur cause : l'un substantiel, induit par la spécificité de l'objet de la convention, et l'autre personnel, résultant de la situation de faiblesse individuelle de la personne⁴⁷⁸. Dans la première hypothèse, la vulnérabilité renvoie plus précisément au risque potentiel auquel se trouve exposée la personne lorsqu'elle conclue différentes conventions portant sur ses attributs extrapatrimoniaux : celui de sa réification, et plus largement, celui de l'atteinte à sa dignité. Quant au critère de vulnérabilité dite « personnelle », il renvoie plutôt à une altération des capacités de celle-ci, ainsi qu'aux difficultés sociales qu'elle peut rencontrer au cours de son existence.

143. Un objectif dual de protection. Il n'est en effet guère besoin de long discours pour convaincre qu'en de telles situations, la personne se trouve nécessairement en position d'infériorité, car vulnérable. Aussi existe-t-il une dichotomie notable de la vulnérabilité en droit des personnes en tant que caractéristique commune des accords de volontés, puisque dans le premier cas elle résulte de l'exercice par la personne de ses droits et libertés par le truchement d'une convention (§ I), tandis que dans la seconde hypothèse, elle découle à l'inverse de ce qu'elle est justement incapable de les exercer convenablement (§ II).

§ I. LES ACCORDS DE VOLONTÉS CRÉATEURS DE LA VULNÉRABILITÉ HUMAINE

144. L'existence d'un risque potentiel pour la dignité humaine. La vulnérabilité ici visée est dite « réelle » puisqu'elle résulte du fait des choses, et non de la situation personnelle du contractant. Autrement dit, il s'agit ici d'un état spécifique surgissant à l'occasion de la conclusion d'un acte. Aussi n'y-a-t-il rien de déraisonnable à évoquer une vulnérabilité substantielle s'agissant des conventions portant sur un attribut extrapatrimonial, puisque celle-ci découle précisément de la spécificité de la substance de l'acte, à savoir la particularité de l'objet⁴⁷⁹. En somme se dissimulerait derrière la promotion de l'autonomie de la personne, un risque potentiel pour sa condition humaine, de sorte que le principe de dignité est appelé à

⁴⁷⁸. Il est ainsi lorsque la personne n'est pas en mesure d'exercer les attributs inhérents à la personnalité juridique, dès lors qu' « *empêtrée dans une situation pathologique, elle reste en deçà du standard du bon père de famille* » : Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport 2009, p. 62.

⁴⁷⁹. Tout comme en droit de la consommation, il semble possible d'admettre qu'une présomption de vulnérabilité existe lorsque la personne conclue un accord relativement à l'un de ses attributs extrapatrimoniaux.

occuper une place prépondérante dans le phénomène de contractualisation en droit des personnes, dont la symbolique et la valeur juridique ne peuvent être niées. Si, comme il sera démontré ultérieurement, ce principe constitue très logiquement le socle sur lequel se construisent les limites objectives opposées au pouvoir des volontés, il peut en revanche, de prime abord, paraître plus surprenant qu'il puisse dans certaines hypothèses être la source de conventions (A) susceptibles d'atteindre, en l'absence d'encadrement objectif, l'humanité de la personne (B).

A. La dignité humaine: fondement de l'exercice des droits de la personne physique

145. La dignité : un vecteur d'autonomie. Affirmer que la dignité est l'un des fondements sur lesquels s'épanouissent les droits reconnus à la personne humaine revient à mettre en exergue l'étroitesse de la relation entre l'humanité de la personne et sa liberté, et partant, son autonomie. Aussi le lien entre dignité et indépendance est-il loin d'être dépassé⁴⁸⁰. Bien au contraire, celui-ci se trouve-t-il réactivé par les différents accords de volontés permettant à la personne d'affirmer ou d'organiser son autonomie. La dignité apparaît ainsi comme la toile de fond sur laquelle se dessine le pouvoir d'autodétermination de la personne, le contrat ressortant alors comme un moyen d'exercice des droits fondamentaux reconnus à la personne humaine⁴⁸¹. Plus précisément, il est possible d'affirmer qu'au nom de la dignité, la personne se voit reconnaître des droits et libertés fondamentaux participant à la reconnaissance, au moins partielle, d'une faculté d'autodétermination, laquelle se réalise notamment par le truchement de conventions dont le rayonnement atteint la personne humaine dans toute sa dimension, à la fois physique (1) et sociale (2).

1. La dignité humaine et la dimension réelle de la personne physique

146. La prééminence du droit à la vie. Si la personne humaine se voit reconnaître un droit au respect de son intégrité physique, elle dispose également plus généralement d'un droit

⁴⁸⁰. V° notamment sur cette relation, D. ROMAN, Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne, *RDSS* 2008. 267.

⁴⁸¹. V° en ce sens, J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'Homme, *D.* 2006. 477.

à la vie lequel, lorsqu'il entre en concours avec le premier, l'emporte nécessairement. Aussi apparaîtrait-il possible pour la personne, au nom du droit à la vie, de consentir à ce qu'une atteinte soit portée à son intégrité physique pour que soit protégée sa dignité (1-1), mais aussi parfois celle d'autrui (1-2).

1-1. La dignité humaine et le droit à la vie de la personne physique

147. La dignité : source du pouvoir de la volonté sur la réalité physique de la personne. Bien évidemment, il est indéniable que lorsque l'état de santé de la personne le justifie, certaines atteintes soient portées à sa réalité charnelle, puisque toute « *personne malade a droit au respect de sa dignité* »⁴⁸², et donc à ce que l'impératif de santé soit assuré. Se trouvent ainsi légitimés les différentes interventions chirurgicales requises par la nécessité médicale de la personne, les différents prélèvements à des fins thérapeutiques, ou encore les expériences portant sur la personne humaine lorsqu'elles sont mises en œuvre en raison d'un bénéfice direct pour le sujet. Selon la même perspective, le nécessaire respect du droit à la vie, celui-ci étant nécessairement protégé par la loi⁴⁸³, a notamment permis de fonder la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse, et encore davantage lorsqu'il intervient après le délai légal de douze semaines. Plus précisément ici le droit à la vie de la mère est-il opposé à celui du fœtus⁴⁸⁴, ce dernier ne pouvant être absolu.

1-2. La dignité humaine et le droit à la vie d'autrui

148. Licéité des conventions justifiées par le respect du droit à la vie d'autrui. De prime abord, il serait légitime de penser que la dignité, au regard de sa valeur supposée, est un droit absolu ne souffrant d'aucune dérogation et primant nécessairement sur l'ensemble des

⁴⁸². CSP, Art. L. 1110-2.

⁴⁸³. Conv. EDH, Art. 2. *Adde* Protocole n° 6, entré en vigueur le 1^{er} mars 1985 portant abolition de la peine de mort en temps de paix et Protocole n° 13, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003 l'abolissant « *en toutes circonstances, même pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre* ».

⁴⁸⁴. Le droit à la vie du fœtus est d'un degré moindre que celui de la mère, en témoigne notamment le refus de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à ce que soit étendue « *au cas de l'enfant à naître* », « *l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui* » : Cass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85. 973, D. 2001. 2917, note Y. MAYAUD ; JCP G 2001, II, n° 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. ROSSAT. En revanche, d'aucuns réfutent la position de la Haute Cour soutenant l'applicabilité de l'incrimination aux enfants à naître : V° notamment en ce sens, J. SAINTE-ROSE, L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine, JCP G 2004, I, n° 194.

autres droits avec lesquels elle peut rentrer en conflit. Mais le droit positif révèle une réalité toute autre, particulièrement en ce que la dignité des uns peut entrer en conflit avec celle des autres. Comment en effet ne pas raisonnablement tempérer l'exigence d'inviolabilité du corps humain, pourtant issue du principe de dignité, lorsque l'intérêt thérapeutique d'une personne tierce justifie qu'il en soit ainsi ? De même comment, sans absolutisme, réfuter l'intérêt des recherches portant sur la personne humaine, alors même qu'elles pourraient ressortir comme attentatoires à la dignité du sujet de l'expérimentation, particulièrement lorsqu'elles interviennent en dehors de tout bénéfice direct ? Il est évident que le progrès scientifique participe au maintien de la dignité des personnes bénéficiant de ces avancées, même s'il peut en bien des hypothèses sembler promettre l'humanité à un avenir particulièrement funeste. Aussi la dignité négative – interdiction d'accomplir tel acte – s'efface-t-elle parfois au profit de celle positive – nécessité d'accomplir tel acte – lorsque les deux versants entrent en concours. En somme est-il possible d'affirmer, afin d'affiner cette acception, que le respect de l'intégrité physique cède le pas à la nécessité de participer au maintien de la santé de tous. En résulte alors indéniablement une certaine relativité⁴⁸⁵ du principe d'inviolabilité du corps humain, puisque sous couvert de l'autorisation légale, le consentement de l'intéressé, conjugué au respect des exigences supérieures, peuvent justifier qu'il y soit porté atteinte. Au-delà, c'est plus précisément une « *collectivisation du corps* »⁴⁸⁶ qui semble s'opérer depuis que l'intégrité physique peut être altérée dans l'intérêt d'autrui, et non plus uniquement dans celui du « *possesseur* ». Aussi, lorsque l'atteinte à la dignité est requise pour la satisfaction de l'intérêt général, la loi devient, à côté du consentement de la personne, un fait justificatif légitimant de tels actes⁴⁸⁷.

Il apparaît donc que « *c'est au nom de la dignité que la personne dispose de son corps* »⁴⁸⁸ en faveur d'autrui. Plus précisément peut-elle disposer de certains éléments ou produits détachés de celui-ci. C'est ainsi notamment qu'elle peut décider de donner certains de

⁴⁸⁵. G. NICOLAS, Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ?, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 86.

⁴⁸⁶. G. NICOLAS, Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ?, *ibid.*

⁴⁸⁷. V° en ce sens, D. THOUVENIN, Les lois du 1^{er} et du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, *ALD* 1995, comm. lég., p. 149 ; *Contra*, D. FENOUILLET, Protection de la personne, Le corps humain, *J.-CL. Civil*, art. 16 à 16-12, Fasc. 12.

⁴⁸⁸. X. BIOY, La dignité : questions de principes, in *Justice, éthique et dignité : Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*, préc., p. 77.

ses « matériaux humains », tels son sang ou ses organes⁴⁸⁹, ou de devenir le siège d'une expérience scientifique sans bénéfice direct⁴⁹⁰. De tels actes, tout en contribuant au maintien de la dignité d'autrui, doivent cependant s'interpréter strictement comme « *des exceptions au principe fondamental de l'intégrité et de la dignité de la personne* »⁴⁹¹. Sans doute importe-t-il en effet de ne pas annihiler entièrement le transcendantalisme de ces derniers bastions impératifs du droit des personnes.

2. La dignité humaine et la dimension sociale de la personne physique

149. La dignité : fondement de la patrimonialisation des droits de la personnalité.

Si la dignité de la personne est intrinsèquement liée au respect de son intégrité physique, elle touche également sa dimension sociale. Plus précisément est-il possible d'affirmer que la dignité est un concept structurant la socialité de la personne, puisque au nom de celle-ci, elle peut décider d'accomplir certaines conventions visant à assurer son autonomie financière et sa subsistance⁴⁹², l'argent intervenant à l'évidence, « *avec une vigueur sans cesse accrue, dans le maintien de la dignité de la personne* »⁴⁹³. C'est ainsi notamment que la poursuite d'un contrat

⁴⁸⁹. Voir la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain (J.O. 30 juillet, p. 11060), modifiée par la loi n° 2004-800 (J.O. n° 182 du 7 août 2004) ; voir également les articles L.1211-1 et suivants du Code de la santé publique ainsi que le décret n° 95-904 du 4 août 1995, (J.O. 11 août 1995) ; voir également sur la question en général, M.-A. HERMITTE, Le corps hors du commerce, hors du marché, in *La philosophie du droit aujourd'hui*, APD, t. XXXIII, Sirey, 1988, p. 323 et s. ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préc., n° 194 et s., n° 209 et s., n° 389 et s. ; J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, Droits et libertés corporels, Panorama de la législation, de la jurisprudence et des avis des instances éthiques, D. 2005, Panorama, p. 536 et s.

⁴⁹⁰. La loi distingue entre les recherches biomédicales à but thérapeutique immédiat pour la personne qui s'y prête, et celles ne présentant pas un tel intérêt. Voir notamment l'article L. 1121-1 al.2 du Code de la santé publique ; voir également sur la question en général, J.-M. AUBY, La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, J.O. 22 décembre, *JCP* 1989, I, 3384 ; C. LABRUSSE-RIOU, Expérimentation humaine et éthique, in *L'homme, la nature et le droit*, Ch. BOURGEOIS, 1988 p. 144 et s. ; J. BORRICAND, Commentaire de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *D.* 1989, chron. p. 167 et s. ; J.-P. ALMERAS, La recherche biomédicale sans finalité thérapeutique, *Le concours médical* 1989 p. 446 et s. ; J.-C. GALLOUX, De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant, *RRJ* 1989, p. 521 et s. ; A. DE LAJARTRE, La notion de recherche biomédicale sur l'être humain à travers les textes et les comportements professionnels en sciences du comportement, *RDSS* janv-mars 1997 p. 47 et s. ; B. ÉDELMAN, Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle, in *La personne en danger*, PUF, 1^{ère} éd., 1999, Coll. Doctrine juridique, p. 323 et s.

⁴⁹¹. *Lamy Droit des personnes et de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), préc., spéc. n° 212-47.

⁴⁹². V° en ce sens, Th. REVET, La dignité de la personne humaine en droit du travail, in *La dignité de la personne humaine*, préc., pp. 146-147.

⁴⁹³. Th. REVET, L'argent et la personne, *Arch. philo. droit* 42/1997, spéc. n° 8, p. 47.

de travail par la personne constitue un « *facteur de reconnaissance et d'utilité sociales* »⁴⁹⁴ pour celle-ci, de sorte que le travail n'est autre que l'expression de la dignité de la personne⁴⁹⁵. Il est en effet l'un des moyens juridiques de satisfaire les préoccupations pécuniaires de la personne, comme se loger ou accéder aux soins et traitements médicaux⁴⁹⁶. Si un tel contrat ne relève pas directement du champ de l'étude, sa mention s'avérait néanmoins apodictique afin que soit mis en exergue le rôle de l'argent dans le maintien de la dignité de la personne.

À cet égard, si la poursuite d'une relation de travail participe assurément à cet objectif, il convient de relever que le phénomène de patrimonialisation affectant les attributs de la personnalité concourt également à assurer à la personne des moyens de subsistance. Aussi n'est-il pas rare, en dépit de leur caractère personnel particulièrement marqué⁴⁹⁷ et du reflet de la « *singularité sociale* »⁴⁹⁸ de la personne qu'ils constituent, que les attributs extrapatrimoniaux deviennent, par le prisme de conventions, des droits également patrimoniaux⁴⁹⁹ participant à offrir au titulaire un moyen de rémunération. Ainsi en est-il notamment lorsque la personne décide de monnayer des éléments inhérents à sa vie privée⁵⁰⁰, notamment en participant à un contrat d'interview⁵⁰¹ ou lorsqu'elle accepte que soient dévoilés par un journal certains éléments de son intimité⁵⁰². Peut également être évoquée la possibilité

⁴⁹⁴. *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des notaires de France, préc., n° 1242, p. 148.

⁴⁹⁵. *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des notaires de France, préc., n° 1241, p. 148.

⁴⁹⁶. P. PUIG, Formation du contrat et droits fondamentaux : regard privatiste, in *Contrats et libertés fondamentaux*, A. PÉLISSIER et D. OSTA (dir.), PUAM, 2011, p. 21.

⁴⁹⁷. D. BERRA, *Le principe de la libre disposition des biens en droit civil ; contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse dactyl., Nancy, 1969, p. 279 et s. Constatant leur indissociabilité de la personne de leur titulaire, cet auteur s'est interrogé sur le fait de savoir si ces prérogatives extrapatrimoniales étaient réellement des « *droits* ».

⁴⁹⁸. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., p. 51 et s., spéc. n°27, l'auteur renvoyant à G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, n°271 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2003, n°455 et 456 ; C. LABRUSSE-RIOU, *Droits de la personnalité et de la famille*, in *Libertés et droits fondamentaux*, M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), éd. Seuil, 1996 p. 271 et s., spéc. p. 279.

⁴⁹⁹. J.-M. BRUGIÈRE, « Droits patrimoniaux » de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans la catégorie des droits de la notoriété, *RTD civ.* 2016, p. 1.

⁵⁰⁰. La jurisprudence reconnaît la licéité de telles conventions à titre onéreux, considérant que « *la personne privée a seule le droit de fixer les limites de ce qui peut être publié ou non sur sa vie intime, en même temps que les circonstances et les conditions dans lesquelles ces publications peuvent intervenir* » : CA Paris, 17 mars 1966, *D.* 1966. 749.

⁵⁰¹. V° notamment pour une telle qualification contractuelle, TGI Paris, 10 juil. 1974, somm., p. 34, *JCP G* 1974, II, 17831, obs. R. LINDON ; *RTD com.* 1975.514, n°5, obs. H. DESBOIS, confirmé par CA Paris, 7 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1976, I, 802, note L. C. ; *JCP G* 1976, II, 18418, obs. R. LINDON, décidant que « *la personne qui se prête à une interview filmée (...) conclut, en réalité, avec le réalisateur, un contrat (...)* ».

⁵⁰². V° sur ce point, J. RAVANAS, Protection de la vie privée, *J.-CL. Civil*, art. 9, Fasc. 10.

pour une personne de céder un droit d'exploitation patrimoniale sur son image ou relativement à sa voix⁵⁰³. De même est-il admis de longue date qu'une personne puisse, bien que le droit au nom soit incessible, monnayer son usage commercial⁵⁰⁴. Mais la licéité des contrats à titre onéreux ne se limite pas à ces seuls éléments, puisqu'elle est admise pour l'ensemble des autres attributs extrapatrimoniaux de la personne, à l'exception du corps humain et de ses éléments et produits⁵⁰⁵, de sorte que chacun est désormais libre d'exploiter financièrement les différents attributs de sa personnalité⁵⁰⁶.

À l'évidence, si la dignité justifie qu'un surcroît d'autonomie soit conféré aux individus, encore convient-il de ne pas tomber dans un angélisme aveuglant en occultant sa potentielle dangerosité pour cette même dignité. Là résulte sans doute toute l'ambivalence du concept, puisque tout en étant un facteur favorisant l'accroissement de la liberté de la personne, il accroît cependant le risque de voir sa prééminence affaiblie en concourant à diversifier les hypothèses de vulnérabilité factuelle de la personne contractante.

B. L'exercice par la personne physique de ses droits : potentialités d'atteintes à la dignité

150. L'ambivalence du principe de dignité. Selon le dictionnaire des Droits de l'Homme, le terme dignité aurait émergé vers l'an 1155, et proviendrait du latin « *dignitas* » dont la signification apparaît duale : d'un côté, le terme renvoie à « *une fonction ou une charge qui donne à quelqu'un un rang éminent* », et de l'autre, au respect et à « *la considération, que mérite quelqu'un ou quelque chose* »⁵⁰⁷. Ces deux acceptions ne seraient autres que les deux faces de la dignité prise tout à la fois en sa dimension « *concrète* » et dans sa dimension « *abstraite* »⁵⁰⁸. S'agissant de la contractualisation en droit des personnes, c'est bien plutôt le second versant du concept qui mérite toute l'attention, tant les différents accords de volontés

⁵⁰³. V° notamment s'agissant des mannequins et des artistes-interprètes, C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., p. 260 et s.

⁵⁰⁴. Cass. com., 12 mars 1985, *D.* 1985. 471, note J. GHESTIN ; *JCP G* 1985, II, 20400, concl. MONTANIER, note G. BONET ; *Gaz. Pal.* 1985, I, 245, note LE TALLEC. – Cass. com. 6 mai 2003, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 69, *D.* 2003. 2228, note G. LOISEAU ; *JCP G* 2003, II, 10169, note E. TRICOIRE ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2004, n° 122, note DUPUIS ; *RTD civ.* 2003, p. 679, obs. J. HAUSER.

⁵⁰⁵. À l'exception des phanères qui peuvent parfaitement constituer la matière d'un contrat à titre onéreux.

⁵⁰⁶. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990.

⁵⁰⁷. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al., *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 285.

⁵⁰⁸. S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Justice, Éthique et Dignité*, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, PULIM 2006, p. 30.

relayés semblent susceptibles de l'impacter. Un tel dessein est d'autant plus accentué que la licéité de certaines conventions à titre onéreux n'est plus aujourd'hui discutée. Or, l'argent apparaît « *apte à tout transformer en bien* »⁵⁰⁹. Aussi, alors même que la personne humaine est par principe exclue du monde des choses (1), c'est bien le risque potentiel de sa réification⁵¹⁰ qui semble se profiler insidieusement au fil des réformes en droit des personnes (2).

1. L'exclusion de principe de la personne humaine de la catégorie des choses

151. Les motifs de l'exclusion. L'ordre juridique français affectionne particulièrement les bipartitions, et celle opposant les personnes et les choses (1-1) a pendant longtemps, sans rechignement aucun, témoigné de l'absence de toute porosité puisque la personne, entendue corps et âme, était parfaitement antithétique au monde des choses (1-2).

1-1. La bipartition classique du droit entre personnes et choses

152. Les personnes et les choses : deux catégories exclusives. Pour définir ce qu'est une personne humaine et comprendre sa place dans l'ordonnement juridique, encore importe-t-il tout d'abord de rappeler les termes de l'une des bipartitions les plus fameuses du droit français : la *summa divisio* opposant les personnes et les choses et directement héritée du droit romain. Selon celle-ci, tout ce qui n'est pas une personne est une chose, et tout ce qui n'est pas une chose doit être considéré comme une personne⁵¹¹, étant ainsi convenue que chaque catégorie est nécessairement exclusive de l'autre. Aussi, une fois admise l'étanchéité apparente des deux sphères, encore convient-il de préciser ce qu'est une personne.

⁵⁰⁹. Th. REVET, L'argent et la personne, *Arch. philo. droit*, 42/1997, n° 9, p. 48.

⁵¹⁰. Sur cette notion, v° notamment, O. THOLOZAN, La réification du corps humain en droit civil français, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, O. THOLOZAN (dir.), Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est – juridiques, historiques et prospectifs, n°2, p. 13 ; F. VANDENBERGHE, Réification sociale et chosification méthodologique, in *L'Homme et la société*, 1992, vol. 103, n° 1, pp. 81-93 ; C. LAZZERI, Réification et reconnaissance. Une discussion avec Axel Honneth, in *Émancipation, individuation, subjectivation. Psychanalyse, philosophie et science sociale (fin)*, Revue du Mauss, 2/2011, n° 38, p. 259-285 ; L. ROBERT, Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues, in *La revue des droits de l'homme*, 8/2015 (en ligne).

⁵¹¹. La personne juridique est une notion héritée du droit romain. Initialement, le terme *persona* désignait un masque de théâtre, puis par extension, l'acteur sur la scène théâtrale. Puis, le droit civil s'est saisi de celui-ci afin de « *mettre en scène l'homme sur le théâtre de la vie juridique*. » : J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée*, Ed. Seuil, 1993, p. 59.

1-2. La personne humaine entendue corps et âme

153. L’occultation initiale de la réalité charnelle de la personne. Or, la tâche s’avère particulièrement sensible, et la richesse des débats doctrinaux témoigne de cette délicate appréhension terminologique. La complexité réside notamment dans l’une des lacunes les plus marquantes du droit français, celui de l’occultation de la réalité charnelle de l’individu pendant plusieurs siècles. Derrière le « masque », le corps humain est ainsi demeuré en retrait de la scène juridique⁵¹². Mais l’écueil, aussi important soit-il, n’est cependant pas propre aux rédacteurs du Code Napoléon qui avaient défini la personne bien plus par le droit que par la nature⁵¹³, puisque déjà le droit romain avait escamoté « *la question du corps humain derrière une abstraction désincarnée : la personne juridique*⁵¹⁴ ». Ainsi détachée de toute approche ontologique, la personne a longtemps été considérée dans sa seule dimension juridique⁵¹⁵.

154. La révélation formelle de la réalité charnelle de la personne. Il aura fallu que les avancées scientifiques et biotechnologiques⁵¹⁶ révèlent la réalité charnelle de la personne, impliquant ainsi que les juristes se confrontent à cette dimension nouvellement mise sur le devant de la scène⁵¹⁷. À peine révélée, une question surgit : le corps est-il la personne même, son substrat, ou au contraire n’est-il qu’un objet sur lequel la personne peut exercer librement son emprise ? Rarement les joutes académiques n’auront été plus vives qu’elles ne l’ont été à l’égard de cette délicate question de la nature juridique du corps humain, d’autant que la sensibilité philosophique de chacun tend à accroître significativement la difficulté d’un consensus doctrinal. Aussi, sans réactiver ici le débat opposant deux pôles antinomiques et

⁵¹². L’histoire témoigne en effet d’une répugnance certaine du droit à appréhender « *la dimension biologique des sujets de droit* » : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002, p. 51.

⁵¹³. Ph. MALAURIE, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, préc., n° 3, p. 3.

⁵¹⁴. O. THOLOZAN, La réification du corps humain en droit civil français, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 12. Le corps humain n’a ainsi plus été « *appréhendé de manière autonome depuis le droit romain païen* » : A. LECA, *Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain*, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, *ibid*, p. 37.

⁵¹⁵. Le Code de 1804 ignorait totalement, à son origine, la dimension physique de la personne, pour ne renvoyer qu’à son aptitude à être titulaire de droits et d’obligations. Il était ainsi un « *Corps sans corps* » : J.-P. BAUD, *Le corps du droit civil*, in *La cité charnelle du droit*, A. STORA-LAMARRE (dir.), PU franc-comtoises, 2002, p. 55. Adde, R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l’épreuve des procréations artificielles*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1996, spéc. n° 112, p. 60, soutenant que le concept juridique de personne ne « *signale qu’un aspect partiel de la personne réelle : celle-ci en tant que sujet de droits* ».

⁵¹⁶. Elles ont en effet rendu possible le prélèvement de produits et éléments du corps humain, lequel s’est progressivement morcelé.

⁵¹⁷. « *Ainsi persona, le masque support du sujet de droit romain, retrouve le propopôn, le visage réel de l’individu concret* » : X. BIOY, *La dignité : questions de principes*, in *Justice, éthique et dignité, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*, préc., p. 66.

réputés inconciliables⁵¹⁸, il est néanmoins une réalité qui ne saurait être éludée : celle du caractère sacré du corps humain⁵¹⁹. Aussi, que celui-ci soit considéré comme le substrat charnel de la personne⁵²⁰, ou simplement appréhendé comme une chose⁵²¹, objet de droit réel⁵²², il conserve une irréductible sacralité inhérente à sa dimension humaine. Toutefois, la première hypothèse semble convaincre davantage puisqu'à défaut, admettre la nature réelle du corps, reviendrait à reconnaître à la personne un droit de propriété⁵²³ sur celui-ci, et plus particulièrement un abus⁵²⁴ potentiellement dangereux pour la dignité. C'est donc bien ici la « déshumanisation »⁵²⁵ de la personne qui à redouter, puisqu'une telle reconnaissance induirait

⁵¹⁸. Il existe en effet « un véritable abîme existentiel » entre les notions de personne et de chose : R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, op. cit., n° 13, p. 6.

⁵¹⁹. Ce caractère sacré du corps humain est parfaitement illustré par le régime applicable au cadavre, lequel participe de l'impératif de protection des corps morts induit du principe de dignité humaine. V° en ce sens, O. THOLOZAN, *La réification du corps humain en droit civil français*, op. cit., p. 18. Et sur les origines de la sacralité du corps mort, v° A. LECA, *Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain*, op. cit., p. 44. V° également CE, Ass. 2 juil. 1993, *Milhaud*, Rec. 1994, concl. KESSLER, R.F.D.A. 1993, 1002 et R.D.S.S. 1994, 52 ; A.J.D.A. 1993, 530, chron. MAUGÜE et D. THOUVENIN ; D. 1994, 74, note PEYRICAL ; JCP 1993, II, 22133, note GONOD ; LPA, 2 déc. 1994, note SCHAERGIS, décidant que « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer après la mort de celui-ci ».

⁵²⁰. Selon cette approche, le corps est la personne même, et il en suit en conséquence le régime. V° notamment en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, PUF, 19^{ème} éd., 1994, p. 17 ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse Dijon, 1998, éd. Les Éditions Hospitalières, Bordeaux, 1999, p. 12 ; F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, 21^{ème} éd., coll. Thémis, PUF, 2000, spéc. n° 4 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, Paris, 2000, 4^{ème} éd., p. 5.

D'autres auteurs soutiennent en revanche que le corps humain serait une « personne par destination », transposant ainsi à celui-ci la théorie civiliste de l'immeuble. V° en ce sens, J.-P. BAUD, *Le corps, personne par destination*, in *Droit des personnes et de la famille. Mélanges D. HUET WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 15.

⁵²¹. Certains auteurs soutiennent en effet que le corps est un objet comme un autre, nécessairement distinct de la personne. Il est, selon ce courant, « un bien sur lequel le propriétaire exerce des pouvoirs – celui de céder (abusus) celui d'en jouir (usus) et celui d'en tirer profit (fructus) » : B. ÉDELMAN, *De la propriété-personne à la valeur-désir*, D. 2004, n° 3, p. 157. Adde J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique du matériel génétique*, Thèse Bordeaux I, 1988 ; B. LEMENNICIER, *Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? Droits*, n° 13, 1991, p. 118 ; I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, préc., p. 158. *Contra*, voir notamment en ce sens une décision rendue par le tribunal correctionnel de la Seine en 1844 ayant refusé d'admettre la brevetabilité du corps humain eu regard de son impossible assimilation à une marchandise : Trib. Corr. Seine, 14 mars 1844, *Gaz. Trib.* du 15 mars, cité par A. LECA, *Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain*, préc., p. 41, note 23.

⁵²². Cette notion de droit réel a notamment été mobilisée afin de légitimer la règle de l'anonymat du don de sperme ou d'ovocyte, ainsi que l'accouchement sous x. V° sur ce point, A. LECA, *ibid*, p.51.

⁵²³. Les juridictions californiennes n'ont pas hésité à reconnaître à la personne un droit de propriété sur son corps. V° la célèbre affaire Moore du 17 juillet 1988, et sur celle-ci : B. ÉDELMAN, *L'homme aux cellules d'or*, *Dalloz*, 1989, 33^{ème} cahier, ch. XXXIV.

⁵²⁴. G. NICOLAS, *Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ?*, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 83. L'auteur concède toutefois la légitimité du droit de propriété lorsqu'il s'exerce sur les produits du corps humain, mais la rejette s'agissant du corps dans son ensemble, position que l'on rejoint aisément.

⁵²⁵. L. ROBERT, *Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues*, in *La revue des droits de l'homme*, 8/2015 (en ligne), spéc. n° 11.

alors qu'elle puisse « *en disposer, l'anéantir et le mutiler, ainsi que peut le faire le propriétaire pour la chose* »⁵²⁶. Aussi reconnaître un « *ius in se ipsum est in soi une contradictio in terminis* » et contraire « *à la nature même de l'homme* »⁵²⁷. Pourtant, l'analyse peut à bien des égards être tempérée lorsqu'elle porte, non plus sur le corps pris en son ensemble, mais plutôt sur l'un de ses éléments qui s'en trouverait détaché.

2. *L'attraction croissante de la personne humaine vers la catégorie des choses*

155. Une potentielle déshumanisation de la personne. Quiconque entreprend d'analyser le droit des personnes est en mesure d'entraîner vite un nombre important de conventions prenant pour objet l'un des attributs extrapatrimoniaux de la personne. Si de telles hypothèses n'interpellent guère le lecteur lorsqu'elles interviennent à titre gratuit, leur caractère parfois onéreux peut en revanche dérouter les âmes même les plus aguerries. Comment ne pas en effet craindre que l'étanchéité de la *summa divisio* soit ainsi mise à mal ? Ne se dissimulerait-il pas, derrière la façade de l'autonomie, un risque potentiel de « chosification » (2-1) de la personne humaine ? D'aucuns l'ont en tout cas dénoncé avec force⁵²⁸. Pourtant semble-t-il, ici aussi, que l'affirmation puisse être tempérée (2-2), le droit des personnes semblant ainsi décidément être tout entier irrigué de faux-semblants.

2-1. *Une chosification potentielle*

156. Une chosification inhérente à la patrimonialisation des attributs extrapatrimoniaux. Il est vrai que la patrimonialisation de certains attributs extrapatrimoniaux, consubstantielle à une « *commercialisation larvée* »⁵²⁹ de la personne, est aujourd'hui incontestable et bien souvent incontestée. C'est ainsi que le droit à l'image

⁵²⁶. P. KAYSER, Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, *RTD civ.* 1971, p. 461.

⁵²⁷. R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations médicalement assistées*, préc., n° 161, p. 85.

⁵²⁸. V° notamment en ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, préc., p. 7.

⁵²⁹. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.* - Adde M. MARZANO, *Penser le corps*, PUF, 2008, p. 5 où l'auteur constate que « *l'homme vit dans une zone de frontière entre l'être et l'avoir...* ». Déjà Josserand avait-il constaté que l'homme devenait une « *valeur économique* », et se trouvait ainsi abaissé « *au niveau d'une chose* » : L. JOSSERAND, *La personne humaine dans le commerce juridique*, *Dalloz*, 1932, chron. p. 1-4.

constitue, sous certaines conditions, une source de revenus⁵³⁰, de même que le nom commercial peut être cédé⁵³¹, celui-ci se détachant alors de la personne de son titulaire⁵³². De même, la réalité charnelle de la personne devient de plus en plus le siège d'actes juridiques dont la licéité n'est plus aujourd'hui pourfendue. En outre, comment déjà ne pas entrapercevoir dans la substitution de la non-patrimonialité du corps humain à l'indisponibilité le signe d'un processus de réification de la personne⁵³³, d'autant plus que l'extrapatrimonialité supposée semble en bien des hypothèses illusoire. Pour s'en apercevoir, nul besoin de pousser bien loin l'analyse, l'important étant simplement de dépasser le verbalisme, décidément si cher au législateur en droit des personnes. Comment en effet ne pas s'extraire de l'illusion d'optique engendrée par l'indemnisation du sujet d'une expérience biomédicale ? Comment ne pas raisonnablement y déceler une rémunération topique du phénomène de chosification de la personne ? Et plus radicalement encore, que penser de la licéité de la rémunération du sujet d'une expérience portant sur la personne humaine lorsque celle-ci intervient en dehors de tout bénéfice direct ? Il est vrai qu'un fossé important existe entre la simple indemnisation des frais du sujet, et sa rémunération. Sans doute la patrimonialisation du corps qui en résulte est-elle nécessaire pour mobiliser les sujets dans de telles recherches, puisque ne bénéficiant d'aucun intérêt direct, il est vraisemblable que sans rémunération, ils ne s'engageraient alors pas dans une telle relation. Et que penser enfin de la monétisation larvée des données personnelles ? Leur collecte ne recouvre-t-elle pas en effet en certaines hypothèses un caractère onéreux insidieux, par exemple

⁵³⁰. Une personne peut ainsi parfaitement tirer profit de la reproduction et de l'exploitation par autrui de son image. En effet, si l'image de la personne prise en tant que droit de la personnalité est hors commerce, elle peut aussi avoir « une valeur économique et se monnayer comme un bien » : Th. HASSLER, Contribution à la nature juridique du droit « patrimonial » à l'image, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2010, 59. Et sur la question en général, v° notamment BOUVARD, La commercialisation de l'image de la personne physique, in *Image et droit*, P. BLOCH (dir.), L'Harmattan, 2002 ; L. MARINO, Les contrats portant sur l'image des personnes, *Comm. com. électr.* 2003, chron., n°7 ; Ch. CARON, Les contrats d'exploitation à l'image de la personne, in *L'image*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, D. 2005, 95, p. 106 ; G. LOISEAU, Le salaire de l'image, *Semaine sociale Lamy*, 2010, Supplément, n°1415.

⁵³¹. La cour de cassation a en effet reconnu l'existence, dans un arrêt particulièrement remarqué, d'un droit patrimonial sur le nom notoire dans l'affaire Alain Ducasse : Cass. com. 6 mai 2003, n°00-18.192, *D. Aff.* 2003, p. 2228, note G. LOISEAU ; *D. Aff.* 2003, p. 2629, obs. S. DURRANDE ; *RTD civ.* 2003, p. 679, obs. J. HAUSER ; *JCP E* 2003, chron., p. 1434 ; *D.* 2003, act., p. 1565, obs. J. DALEAU ; *Rev. Sociétés* 2003, p. 548, note G. PARLEANI ; *Bull. Joly* 2003, p. 921, note P. LE CANNU ; *D. Aff.* 2004, p. 265, note J.-C. HALLOUIN.

⁵³². V° une autre affaire célèbre rendue 18 ans plutôt : Cass. com. 12 mars 1985, n°84-17.163, Affaire Bordas, *Bull. civ.* IV, n°95, *op. cit.* Dans cette espèce, la Haute juridiction est venue affirmer que les principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui font obstacle à ce que celui-ci fasse l'objet d'une libre disposition par son titulaire, ne s'opposent néanmoins pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial, le patronyme étant alors un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte pour désigner la personne morale qu'il distingue.

⁵³³. La réification législative du corps n'est pas nouvelle. V° sur ce point, G. NICOLAS, Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ?, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 87.

lorsque celle-ci permet au titulaire des données d'accéder gratuitement à un service ? Sans doute la négative ne peut-elle être strictement défendue. Quoiqu'il en soit il est une évidence : le corps est devenu un haut lieu de ressources humaines appropriables, dont certaines sont aujourd'hui parfaitement négociables.

157. Une chosification emportant potentiellement la dilution de la *summa divisio*. Or, alors que « *l'argent infecte la personne et, sauf de rares exceptions, la désagrège* »⁵³⁴ et la pousse inexorablement vers le monde des choses, comment ne pas s'en inquiéter, tant l'étanchéité de la cloison de la *summa divisio* semble sans cesse davantage se fissurer ?

Le brouillage des frontières entre personne et chose, être et avoir, a ainsi très tôt suscité la crainte des juristes, puisque déjà Jossierand avait-il émis les plus grandes réserves quant à l'établissement croissant de « *points de contact* » entre le patrimoine et la personne humaine. Mais pourquoi une telle phobie ? Sans nul doute en ce que « *ces deux concepts antithétiques voisinent volontiers, et dans cette fréquentation, la personne humaine laisse, à chaque fois, un peu de son intégrité et de son intangibilité (...); elle s'abaisse au niveau d'une chose, elle se commercialise, elle se patrimonialise...* »⁵³⁵. Aussi la contractualisation en droit des personnes ne doit-elle pas céder le pas à des relations objectivantes et dépersonnifiantes afin que la dignité de la personne humaine, et partant, son incommensurabilité, soient préservées.

2-2. Une chosification partiellement illusoire

158. La nécessaire tempérance du phénomène. Même les plus ardents thuriféraires de l'individualisme admettent ainsi aisément que la dignité de la personne humaine doit être préservée, puisque sa réification, processus d'atrophie de son incommensurabilité, si elle devait être avérée, l'entraînerait alors pathologiquement vers le monde des choses⁵³⁶. Ainsi

⁵³⁴. Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ, 2015, p. 21.

⁵³⁵. L. JOSSERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, *D.* 1932.1, p. 1.

⁵³⁶. Georg LUKACS définissait ainsi la réification comme le fait pour un rapport, une relation entre personnes, de prendre la forme d'une chose : G. LUKACS, *Histoire et conscience de classe. Essai de dialectique marxiste*, Éditions de Minuit, 1974, p. 110.

Le phénomène de chosification de la personne passionne les juristes, en témoignent les nombreux travaux doctrinaux consacrés à l'étude des choses hors commerce. V° notamment sur ce point, M.-A. HERMITTE, Le corps hors du commerce, hors du marché, *Arch. de philo. du droit*, 1988, p. 322 ; Fr. ZÉNATTI, Choses hors commerce, *RTD civ.*, 1996, p. 420 ; G. LOISEAU, Typologie des choses hors commerce, *RTD civ.*, 2000, p. 47.

désensibilisée, elle se trouverait alors réduite à un simple amas de cellules, et réductible à toute autre chose de même espèce, pouvant dès lors faire l'objet d'une appropriation par autrui.⁵³⁷

Mais cette crainte de voir réifier la personne est-elle réellement justifiée, ou demeure-t-elle, en l'état du droit positif, simplement phobique ? À l'évidence, deux motifs semblent imposer une certaine tempérance : d'une part, en ce que l'œuvre de certains juristes, et au-delà le droit objectif⁵³⁸, participent – sans doute avec une ardeur décuplée en réaction au phénomène de contractualisation en droit des personnes - à « réincarner »⁵³⁹ la personne juridique ; ensuite, en ce que le corps humain en son entier est toujours aussi indisponible⁵⁴⁰ qu'avant.

159. L'absence d'atteinte réelle à la dignité. S'il est vrai en effet que certaines atteintes à la corporalité de l'individu sont tolérées, encore convient-il de relever qu'elles le sont, soit en raison d'un motif légitime, tel l'impératif thérapeutique ou scientifique, soit en ce qu'elles ne contreviennent pas à sa dignité. Reste alors l'hypothèse de la disposition d'un élément ou d'un produit, puisqu'ils peuvent faire l'objet d'acte de disposition⁵⁴¹ dans les limites imposées par le pouvoir institutionnel. Là, en toute évidence, l'indisponibilité semble insoutenable, d'autant que l'onérosité n'est pas toujours source d'illicéité de la convention. Mais sans doute ici aussi le raisonnement doit-il être poursuivi avec mesure ; d'une part en ce que le caractère régénérable et la bénignité de certaines atteintes excluent toute idée de réification⁵⁴², de même

⁵³⁷. V° notamment L. ROBERT, Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues, in *La revue des droits de l'homme*, 8/2015 (en ligne), spéc. n° 6. Et pour la revendication d'un droit de propriété de la personne sur son corps, v° notamment J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée ; une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993.

⁵³⁸. La réalité charnelle de la personne fait en effet désormais l'objet d'une protection objective par l'effet des lois bioéthiques de 1994, et l'introduction subséquente dans le Code civil de l'article 16-1 disposant que toute personne a droit au respect de son corps, celui—ci étant réputé inviolable et ne pouvant faire l'objet de conventions qui auraient pour effet de lui conférer une valeur patrimoniale. De même, la mobilisation croissante du principe de dignité participe à l'évidence à tempérer les excès inhérents au phénomène de contractualisation en droit des personnes.

⁵³⁹. O. THOLOZAN, La réification du corps humain en droit civil français, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 13. L'auteur renvoie notamment à la reconnaissance des droits de la personnalité, et plus particulièrement aux travaux d'E.-H. PERREAU : Des droits de la personnalité, *RTD civ.*, 1909, p. 505.

⁵⁴⁰. Il est en effet inconcevable qu'une personne aliène son corps entier. V° sur ce point, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, t. 1, 18^{ème} éd., Paris, PUF, 1992, spéc. n° 6 où l'auteur soutient que « *ce qui est indiscutablement illicite, c'est l'aliénation totale du corps : ce serait se donner en esclavage* ».

⁵⁴¹. Seuls les actes emportant prélèvement pour le bénéfice d'un tiers sont des actes de « *disposition proprement dite* ». Ils s'opposent aux actes de « *disposition impropre* », autrement dit ceux dont l'extraction de l'élément participe d'un bénéfice direct pour la personne dont le corps est touché. Voir sur cette distinction, R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préc., n° 169, p. 89.

⁵⁴². Il a été en effet précisé plus en amont que les phanères pouvaient valablement faire l'objet d'une cession à titre onéreux, mais à l'évidence, l'incommensurabilité de la personne humaine n'est pas atteinte ici de la même

que, s'agissant des attributs de la personnalité, aucun abandon définitif au profit d'autrui⁵⁴³ n'est réalisé, de sorte que s'en trouve préservée l'intégrité morale de la personne.

160. La contenance du phénomène par le prisme du principe de non-patrimonialité. Quant aux autres conventions tolérées à titre gratuit, il n'est pas déraisonnable de supposer que le principe de non-patrimonialité du corps humain constitue un rempart efficace à tout risque de chosification. Encore qu'il soit permis de relever, à bien des égards, le défaut de cohérence dont il pâtit, certes non pas nécessairement dans son existence, mais bien plutôt dans son application. Comment en effet soutenir aveuglément la légitimité d'une telle exigence d'extrapatrimonialité alors que celle-ci n'est appliquée qu'au stade de la collecte ou du prélèvement des matériaux biologiques humains, et non lors de leur utilisation postérieure ? Le législateur ne prendrait-il pas la voie de la rationalité pratique s'il admettait que les donneurs puissent percevoir une rémunération ? Assurément si, même si cela participerait sans nul doute à accentuer la soumission de la personne au mercantilisme. Encore qu'il soit possible de nuancer sensiblement le propos puisque seuls les éléments ou produits deviendraient ainsi des objets de propriété, et non le corps en son ensemble ou la personne même. En outre, le maintien de règles adventices, telles la périodicité et l'anonymat semblent en soi suffisantes pour contenir tout risque de marchandisation. Une telle approche aurait dès lors le mérite de refléter la réalité⁵⁴⁴ puisqu'une fois détachés du corps, certains éléments et produits de la personne sont dès lors traités « *comme des choses qui deviennent, de fait, sinon en droit, disponibles entre les mains des biologistes et donc objets de pouvoir, de cession et de prix* »⁵⁴⁵.

Aussi, si la réification de la personne est bien souvent décriée, la réalité du processus n'est cependant pas celle que les esprits les plus alarmistes aiment dépeindre. Toutefois, la vigilance doit impérativement rester de mise, car l'absolutisme réducteur qui en résulterait aurait alors pour effet d'annihiler « *l'indépendance de la personne humaine* »⁵⁴⁶ et partant sa

façon que lorsque l'acte porte sur du matériel biologique non régénérable pour lequel l'intimité avec la personne est manifestement accrue.

⁵⁴³. À l'évidence, une personne qui concède un droit d'exploitation sur l'un des attributs de sa personnalité ne s'en dépouille pas irrévocablement, et il est indéniable que la source de revenu qui en résulte participe au maintien de la dignité de la personne en lui permettant d'assurer sa subsistance.

⁵⁴⁴. Les juridictions répugnent encore largement à reconnaître la nature d'objet aux produits du corps humain. V° notamment TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *JCP* 1984, II, 20321, note CORONNE, refusant de considérer le sperme comme une chose dans le commerce puisqu'il constitue « *une sécrétion contenant le germe de la vie et destiné à la procréation* ».

⁵⁴⁵. C. LABRUSSE-RIOU, La procréation artificielle, question de droit ?, *Projet*, n° 195, 1985, p. 120.

⁵⁴⁶. F. RIZZO, A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 108.

dignité, d'autant que la biologisation croissante de la société n'a vraisemblablement pas encore atteint son paroxysme, de sorte qu'une dilution du cloisonnement de la *summa divisio* est aujourd'hui, plus qu'hier encore, toujours à redouter.

§ II. LES ACCORDS DE VOLONTÉS PROTECTEURS DE LA VULNÉRABILITÉ HUMAINE

161. Organisation conventionnelle de la protection de la personne. La promotion du pouvoir des volontés s'est également traduite par la possibilité pour les personnes de pourvoir, par convention, à la protection de leur état de vulnérabilité (A), traduisant au-delà la déjudiciarisation croissante du droit des personnes (B).

A. L'hétérogénéité des modes de protection de la vulnérabilité de la personne humaine

162. La dualité temporelle de la protection. Puisque « *la loi protège les aliénés mais inmanquablement les aliène* »⁵⁴⁷, des solutions favorisant plutôt l'accompagnement de l'individu émergent en droit en positif. Le droit des personnes accueillent ainsi différents mécanismes conventionnels visant à remédier à la vulnérabilité personnelle de l'individu, et à tout le moins l'encadrer. En ce domaine aussi une subdivision surgit, puisque les conventions peuvent, soit permettre de remédier en amont à sa future vulnérabilité (1), soit venir en aval l'atténuer (2).

*1. Les accords de volontés et l'anticipation de la vulnérabilité*⁵⁴⁸

163. Une réalité nouvelle. Depuis plusieurs années maintenant, les accords de volontés sont devenus d'utiles mécanismes d'anticipation de la vulnérabilité.⁵⁴⁹ La personne peut en effet

⁵⁴⁷. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, PUF, 2000, n° 146, p. 302.

⁵⁴⁸. Il s'agit ici d'une « *vulnérabilité virtuelle* », pour reprendre l'expression de Laurence GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préc., spéc. n° 271, pp. 197-198.

⁵⁴⁹. La vulnérabilité ici visée n'est pas étrangère au concept de dignité humaine, puisque celui-ci guide le déploiement des mesures de protection. V° not. en ce sens, C. Civ., art. 415, affirmant que : « *Les personnes*

aujourd'hui anticiper le temps où ses capacités seront altérées, tout d'abord en établissant un mandat de protection future pour soi, mais également pour autrui. Il importe donc que l'état de vulnérabilité soit nécessairement révélé postérieurement à la conclusion de l'acte. Néanmoins, il s'agit ici de la révélation ferme et définitive de la situation de faiblesse, puisque si la cour de cassation refuse l'application du mandat lorsque le majeur pâtit déjà d'une altération certaine et constatée objectivement de ses facultés mentales⁵⁵⁰, elle refuse en revanche de prendre fermement position lorsqu'un tel constat n'est pas définitif⁵⁵¹. Aussi, par la consécration du mécanisme du mandat de protection future, la loi accorde ainsi à la convention une fonction protectrice de la personne vulnérable, cette dernière en étant à l'origine, notamment en choisissant le mandataire et en déterminant le contenu de l'acte dans les limites objectivement fixées. Mais permettre à la personne de conclure un mandat de protection future et ainsi échapper à la mise en œuvre d'une mesure légale de protection n'est-ce pas au fond ruiner la sécurité juridique de l'individu ? Est-il réellement pertinent de la soustraire de la protection judiciaire jusque-là seule prédominante ? Il n'est en effet pas besoin de longs discours pour apercevoir la particulière gravité d'un tel acte conventionnel puisque celui-ci tend précisément à dessaisir l'autorité judiciaire⁵⁵². De nature consensuelle, celui-ci semble en effet « *ne pas couvrir tous les aspects d'une protection efficace du majeur* »⁵⁵³. Alors que la loi de 1968 avait en effet fait du juge des tutelles la clé de voûte de la protection des personnes vulnérables, la conclusion d'un tel acte implique justement que soit mise à l'écart cette protection judiciaire. Or, à l'évidence, un tel choix peut s'avérer, en certaines hypothèses, contraire aux intérêts de la personne protégée voire parfois même plus contraignant qu'une simple mesure légale. À la différence de celle-ci, le mandat de protection future prend effet sans qu'aucune décision judiciaire ne soit requise. Or, si une telle prise d'effets présente à l'évidence certains avantages indéniables, notamment en soustrayant l'individu « *à une procédure qu'il ressent souvent*

majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne humaine. »

⁵⁵⁰. Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-1651, D. 2011.1204, note D. NOGUERO ; JCP N, 2011, 168, p. 6 ; JCP N, 2011, 1115, p. 37, note D. BOULANGER ; JCP, 2011, 416, p. 691, note N. PETERKA ; Dr. fam, 2011, n° 42, note I. MARIA ; AJ Fam., 2011, note Th. VERHEYDE ; Defrénois 2011, art. 39224, p. 690, note J. MASSIP ; RJPF, avril 2011, 11, note A. CARON-DEGLISE ; LPA. 17 févr. 2011, p. 10, note L. GATTI.

⁵⁵¹. Cass. avis, 20 juin 2011, n° 011-00007, D. NOGUERO, Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol, LPA 22 juil. 2011, n° 145, p. 10 ; F. FRESNEL, J. CASEY, RJPF, 2011, n° 9.

⁵⁵². 102^{ème} Congrès des Notaires, *Les personnes vulnérables*, op. cit., n° 3102, p. 521.

⁵⁵³. M. DOUCHY-OU DOT, Les mandats judiciaires, *Defrénois*, préc., p. 135.

comme une humiliation »⁵⁵⁴, elle impacte en revanche les trois principes fondamentaux prévalant pour toutes mesures de protection judiciaire et visant à garantir les intérêts personnels du majeur : le principe de nécessité⁵⁵⁵, celui de subsidiarité⁵⁵⁶ et celui de proportionnalité⁵⁵⁷. Aussi, cette innovation « spectaculaire »⁵⁵⁸ que constitue le mandat de protection future est-elle cependant loin d'emporter l'unanimité au sein des travaux juridiques, puisque concevoir ainsi « la personne comme la projection de sa volonté »⁵⁵⁹ « n'est pas sans danger, car volonté ne rime pas toujours avec intérêt »⁵⁶⁰. La rationalité d'un tel acte ne serait-elle ainsi que chimère ? La réponse semble toutefois devoir être – au moins partiellement - négative puisque diverses garanties viennent tempérer les risques inhérents à tel mécanisme.

⁵⁵⁴. D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, préc., p. 145.

⁵⁵⁵. La loi du 3 janvier 1968, tout comme celle de 2007 (art. 428) a imposé que l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire soit subordonnée à une stricte nécessité pour la personne, en raison de la limitation de la capacité d'exercice qu'elle est susceptible d'entraîner. Ce principe se traduit par l'exigence d'une triple condition. Le principe de nécessité implique ainsi tout d'abord le respect d'une condition de fond, à savoir que la personne ait un réel besoin de protection, puis d'une condition de preuve, cette nécessité devant être établie par certificat médical, et enfin une condition de forme, cette mesure ne pouvant être ouverte que par décision du juge des tutelles. Or, la prise d'effet du mandat de protection future n'est pas subordonnée à l'établissement d'un certificat médical circonstancié, de même qu'aucune décision du juge des tutelles n'ait requise. Enfin, le mandat n'est soumis à aucun terme légal impératif, ce qui peut alors conduire au maintien de la mesure conventionnelle alors que celle-ci n'est plus adaptée, voire plus nécessaire, à la protection du majeur (alors qu'une mesure de protection judiciaire doit nécessairement être réexaminée périodiquement. Sur ce principe de nécessité et les atteintes lui étant portées par la conclusion d'un mandat de protection future, v° notamment, D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *op. cit.*, p. 146.

Il convient également de noter que l'appréciation de la nécessité de la mesure judiciaire de protection relève du pouvoir souverain des juges du fond. V° en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 88, obs. J. HAUSER.

⁵⁵⁶. De ce principe de subsidiarité résulte qu'une mesure de protection ne doit jamais être prononcée s'il existe d'autres institutions moins contraignantes permettant de couvrir le besoin de protection du majeur. (tels notamment le mariage ou le PACS.). De même, le mandat de protection future prévaut sur de telles mesures : « la protection contractuelle l'emporte sur la protection judiciaire », v° sur ce point, D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, préc., p. 148. L'auteur indique que ce principe de subsidiarité est difficilement applicable lorsqu'une protection conventionnelle a été établie, puisque la loi ne la soumet à aucune mesure de publicité, rendant dès lors sa connaissance par le juge plus qu'incertaine.

⁵⁵⁷. Le principe de proportionnalité se trouve, par l'effet du mandat, écarté au profit « d'un principe d'autodétermination », v° D. FENOUILLET, *ibid.* Il convient également de noter qu'en cette matière aussi les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation. V° notamment en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 08-10.804, *AJ famille* 2009, p. 263, obs. L. PECAUT-RIVOLIER ; Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, n° 07-21.488, *AJ famille* 2009, p. 263, obs. L. PECAUT-RIVOLIER.

⁵⁵⁸. D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *op. cit.*, p. 143

⁵⁵⁹. A.-M. LEROYER, *RTD civ.* 2007, p. 394 et s., spéc. p. 396, cité par D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *ibid.*

⁵⁶⁰. D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *ibid.* L'auteur ajoute ensuite que « le mandat de protection future est une technique peu convaincante, et ce au regard du droit des personnes comme du droit des contrats ».

2. Les accords de volontés et la gestion de la vulnérabilité de la personne humaine

164. La personnalisation de la protection. Comme il a pu être exposé précédemment, le principe de dignité de la personne humaine, dans son versant positif, conduit le législateur à conférer à la personne vulnérable un surcroît d'autonomie par rapport à l'empire du droit antérieur. Celui-ci se traduit principalement par la préférence législative pour l'encadrement et l'accompagnement de la personne en situation de faiblesse, les conventions apparaissant ici comme des mécanismes également utiles à la gestion de la vulnérabilité sociale de la personne, qu'il s'agisse de la mesure d'accompagnement social personnalisé (2-1) ou du bail à nourriture (2-2).

2-1. La mesure d'accompagnement social personnalisé

165. L'accompagnement de la personne dans la gestion de ses ressources. L'un des mécanismes les plus topiques de cette évolution est la mesure d'accompagnement social personnalisé dont l'objectif principal est « *de rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* »⁵⁶¹. Autrement dit, si celles-ci peuvent être perçues et gérées pendant un temps par le département, le but à terme de cette convention, en cas de succès, est bien de permettre à la personne de recouvrir son entière autonomie dans les conditions les plus optimales possibles. De même, en cas d'échec de cette mesure, l'autonomie de la personne est également privilégiée, mais dans des conditions tenant compte de son incapacité manifeste à pourvoir seule à sa situation sociale, puisqu'en ce cas⁵⁶², une mesure d'accompagnement judiciaire doit alors être ouverte afin que soit facilité le rétablissement de l'autonomie de la personne dans la gestion personnelle de ses ressources⁵⁶³. Le législateur s'attache ainsi à « *donner à chacun les moyens de la liberté et, de la sorte, lui épargner les situations qui le rendent à proprement parler vulnérable* »⁵⁶⁴.

⁵⁶¹. CASF, art. L. 271-2.

⁵⁶². La notion de « gestion satisfaisante » n'est définie ni légalement, ni jurisprudentiellement. Néanmoins celle-ci couvre un domaine particulièrement restreint puisqu'elle est limitée à l'hypothèse des prestations sociales de la personne. V° sur ce point, L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préc., spéc. n° 266, pp. 191-192.

⁵⁶³. C. civ., art. 495.

⁵⁶⁴. Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapp. préc., p. 64.

2-2. Le bail à nourriture

166. Conventionalisation de la gestion de la vulnérabilité. C'est enfin par la conclusion d'un bail à nourriture que la personne peut organiser conventionnellement la gestion de sa propre vulnérabilité. En mettant à la charge du preneur une obligation de faire, le créancier s'assure en effet une dispense de soins, la fourniture d'aliments, et plus largement encore, d'une aide permanente pour le temps où sa vulnérabilité l'empêcherait d'y pourvoir seul. Ce mode d'organisation consensuelle de la gestion de la faiblesse de la personne, s'il n'est pas de nature à faire échec à l'ouverture d'une protection légale si son état le justifie, semble en revanche en permettre le retardement en certaines hypothèses. Il s'agit donc d'un accord de volontés par lequel une personne s'engage envers une autre à pourvoir à ses besoins en contrepartie d'une autre prestation, par exemple une rente ou une attribution en capital. Comme la vente à charge viagère, il s'agit d'un acte aléatoire et à exécution successive, parfois perçu comme une « *sorte d'adoption des vieillards* »⁵⁶⁵. Néanmoins, contrairement à sa dénomination, il ne s'agit pas d'un bail en tant que tel, mais bien plutôt d'une convention emportant transfert de propriété d'un bien meuble ou immeuble en échange d'une prestation quotidienne de soins ou d'aliments. Il y a ainsi bail à nourriture par exemple chaque fois qu'une personne s'engage envers une autre à pourvoir à tous ses besoins vitaux en échange du paiement d'une redevance payable à échéances fixes, ou contre l'aliénation d'un capital mobilier ou immobilier⁵⁶⁶. Aussi une telle convention emporte-t-elle pour le débiteur l'obligation de subvenir aux besoins du créancier qui ne pourrait plus y pourvoir seul.

B. La déjudiciarisation de la protection de la vulnérabilité humaine

167. La promotion des modes non autoritaires de gestion de la vulnérabilité. L'idée directrice sous-tendue par la promotion croissante des accords de volontés comme mode de protection de la vulnérabilité est sans doute celle selon laquelle tout régime légal de protection est vécu comme un mode d'asservissement vertical de la personne. Or, le droit objectif s'attache aujourd'hui à respecter, autant que faire se peut, l'autonomie de la personne, et partant, sa volonté. En somme, dès lors qu'un mode non autoritaire de gestion de la faiblesse de la personne permet que ses intérêts soient suffisamment pourvus, il doit nécessairement primer sur le droit

⁵⁶⁵. J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1946. 325.

⁵⁶⁶. Cas. req., 21 novembre 1892, *DP* 1893. 1. 291 ; S. 1893. 1. 157.

des incapacités. Aussi, par la primauté ainsi implicitement consacrée, de la protection conventionnelle sur celle institutionnelle, c'est une déjudiciarisation certaine du droit des personnes qui s'accroît frénétiquement au fil des réformes. Il est vrai qu'une telle acception est particulièrement avérée à l'égard notamment de la mesure d'accompagnement social personnalisé, dès lors qu'elle doit être conclue avant toute saisine du juge, ou encore du mandat de protection future lequel doit être mis en œuvre en priorité. Sans doute une telle évolution participe-t-elle à illustrer encore davantage la place prééminente de la volonté individuelle dans notre société moderne⁵⁶⁷, ainsi que le souhait législatif croissant de limiter l'impérialisme judiciaire. Sans doute aussi le désir exponentiel de conférer davantage d'autonomie aux personnes, et d'individualiser leur protection lorsque l'altération de leurs facultés survient, justifie-t-il cette orientation nouvelle du droit des personnes. Mais n'est-ce pas également au-delà une autre illustration topique de « *l'infléchissement du droit* »⁵⁶⁸, et de la perte d'autorité de légitimité de la norme imposée ? Si l'affirmative semble ne pouvoir s'imposer qu'avec la force de l'évidence, encore convient-il de ne pas occulter la persistance de certains bastions objectifs participant à la préservation des intérêts légitimes de la personne vulnérable.

168. Conclusion de Chapitre. S'il est manifeste que la rhétorique conventionnelle irrigue désormais les terres du droit des personnes, encore ne faudrait-il pas tomber dans l'illusion trompeuse que l'autonomie ainsi promue coïncide nécessairement par nature avec les exigences de ce champ juridique. N'y aurait-il pas en effet quelques hérésies à soutenir le contraire là où tant d'intérêts supérieurs sont en jeu ? Il est vrai que laisser se déployer des volontés pures, détachées de toute objectivité induirait alors un risque insoutenable pour la condition de la personne humaine. Est l'acception est d'autant plus évidente que l'état de vulnérabilité de l'une des parties constitue le critère central autour duquel s'articulent les accords de volontés en droit des personnes. Aussi importe-t-il qu'une vision davantage subjective de l'acte soit privilégiée afin que soit assurée la protection de la partie faible.

169. Une vision nécessairement subjective de l'acte. En somme, tout d'abord, alors que l'acception classique du contrat et de ses fondements est aujourd'hui battue en brèche, il

⁵⁶⁷. A. BATTEUR, *Contrat et mesures de protection*, *op. cit.*, n° 6.

⁵⁶⁸. A. BATTEUR, *Contrat et mesures de protection*, *op. cit.*, n° 15.

serait particulièrement dangereux d'abandonner au pouvoir des volontés pures les conventions innervant le droit des personnes. Aussi, si d'autres champs disciplinaires ont d'ores et déjà délaissé toute vision abstraite du contrat et inclinent désormais en faveur de régimes de protection topiques articulés autour de l'identité de la partie faible⁵⁶⁹, il apparaît apodictique que le droit des personnes s'engage dans une même orientation. Aussi, d'une justice commutative, ignorant les individualités et leurs spécificités, le droit des contrats, et plus encore s'il est amené à se développer en droit des personnes, semble nécessairement devoir évoluer vers une justice distributive⁵⁷⁰. Sans doute un tel processus est-il d'ores et déjà partiellement à l'œuvre.

170. La nécessité de protéger la vulnérabilité du contractant faible. Comment en effet ne pas voir en ces hypothèses les vicissitudes attachées à une trop grande liberté, particulièrement là où les conventions sont consubstantielles à l'état de faiblesse de l'une des parties ? Il est vrai qu'elles en sont soit la cause – et tel est le cas lorsque la personne est à la fois sujet et objet de l'acte – soit la conséquence lorsqu'elles ont pour effet de pourvoir à la gestion de la vulnérabilité de la personne. Il est évident qu'une telle spécificité implique que les accords de volontés ne soient pas détachés de toute objectivité. Il est ainsi une certitude : le pouvoir institutionnel ne saurait ici, plus qu'ailleurs encore, se contenter de n'être qu'un simple spectateur attentif du phénomène de contractualisation en droit des personnes. Bien au contraire, s'il en est incontestablement la source, il doit surtout en constituer la juste mesure.

Mais dès lors que les accords de volontés ne paraissent pouvoir prospérer ici que sous le jouc institutionnel, peuvent-ils raisonnablement être attirés dans la sphère contractuelle ? Pour répondre à cette interrogation, encore convient-il désormais d'analyser les implications pratiques induites par le nécessaire entrelacs entre l'autonomie et l'hétéronomie en droit des personnes sur leur qualification juridique.

⁵⁶⁹. Pourtant, initialement, le droit des contrats était applicable de la même façon à l'ensemble des contractants. V° en ce sens, F. LABARTHE, Préface, in C. NOBLOT, *La qualité de contractant comme critère légal de protection. Essai de méthode législative*, LGDJ, 2002.

⁵⁷⁰. Sur cette notion v° notamment S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. préc., p. 32 et s. ; v° également C. NOBLOT, *La qualité de contractant comme critère légal de protection. Essai de méthode législative*, Th. op. cit., p. 4, selon lequel à la justice commutative propre à la thèse individualiste s'est substituée la justice distributive propre à l'école socialiste. Est ainsi distinguée la justice distributive de celle commutative ou correctrice, dont la justice contractuelle n'est qu'une application spécifique.

CHAPITRE II. LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL SUR LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES ACCORDS DE VOLONTÉS

171. Méthode didactique. Si tôt constaté le développement des accords de volontés en droit des personnes et la nécessité qu'ils ne soient pas détachés de toute objectivité, une interrogation – sans doute la plus importante - surgit : celle de leur qualification juridique. Or, qualifier c'est « *déterminer la nature d'un bien ou d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes* »⁵⁷¹. Aussi, afin de pouvoir raisonnablement convenir de leur réalité contractuelle, et donc au-delà, de celle du phénomène de contractualisation en droit des personnes, et alors même que le socle du droit commun des contrats n'est autre que le principe de l'autonomie de la volonté, il importe donc de pouvoir identifier en eux l'ensemble des traits classiques déduits de celui-ci. Or, il semble bien, à première vue, que la mise en exergue de l'impérieuse nécessité que les volontés individuelles soient entourées d'un halo institutionnel rende impossible une telle constatation. Mais dès lors, peut-on encore raisonnablement évoquer un processus de « contractualisation » là où l'autonomie semble ne pouvoir être que chimère ? Pour répondre, encore convient-il de délaissier le champ des certitudes pour emprunter la voie de la rationalité. Plus précisément importe-t-il de ne pas rejeter automatiquement, à ce stade de l'étude, ces différents accords hors de la sphère contractuelle, faute de ne pouvoir retrouver systématiquement en eux les indices classiques du volontarisme juridique, l'interrogation des motifs justifiant leur éviction ressortant bien plus pertinente. Une telle perspective est d'autant plus légitime que le droit positif accueille un nombre sans cesse croissant de contrats, pourtant fortement dérogoires au régime général, mais dont la nature contractuelle n'est plus aujourd'hui discutée. Nul ne conteste en effet plus la nature contractuelle du contrat de travail ou de celui de consommation, et plus largement de l'ensemble des contrats d'adhésion⁵⁷². De même certains travaux

⁵⁷¹. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 3^{ème} éd., PUF, 1992.

⁵⁷². La réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016, consacre expressément la notion de contrat d'adhésion. V° C. civ., art. 1110. Pour leur qualification contractuelle, v° notamment, J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, Rapport français, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*.

doctrinaux admettent-ils aisément que le mariage⁵⁷³ ou le PACS⁵⁷⁴ épousent également le moule contractuel. Aussi, derrière la portée nécessairement globalisante de la théorie générale du contrat, ne se dissimulerait-il pas certaines incohérences révélées par l'état du droit positif ? Une telle analyse implique de prime abord que soit présenté le critère principal sur lequel s'érige le droit commun des contrats, l'autonomie de la volonté, afin de tenter d'y déceler les premiers éléments de réponse. Plus précisément, l'étude du principe de l'autonomie de la volonté, à l'aune des spécificités contemporaines que recouvre l'acte contractuel, doit aboutir à la mise en exergue de l'inadéquation de ce principe à refléter l'entière réalité conventionnelle innervant le droit positif, celle-ci n'étant, loin s'en faut, que pure subjectivité. Aussi la critique du principe de l'autonomie de la volonté (Section 1) apparaît-elle paradoxalement bénéfique puisqu'elle participe au-delà à l'insufflation d'une vision plus concrète de l'acte contractuel (Section 2).

SECTION 1. LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE AUTONOMISTE

172. L'interaction entre l'autonomie et l'hétéronomie. Le contrat n'est pas un concept, mais bien plutôt « *une notion avec un centre et une périphérie* »⁵⁷⁵. Plus précisément, il repose sur une rencontre de volontés supposées autonomes et souveraines, de laquelle est tirée la force obligatoire de l'acte et sont déduits les principes de liberté contractuelle, du consensualisme et de l'effet relatif. Aussi, alors qu'en droit des personnes les conventions ne

Comparaisons Franco-Belges, J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 261, 1996, n° 9, p. 7.

⁵⁷³. Initialement, la doctrine ayant généralisé le qualificatif contrat à propos du mariage le fit « *afin de favoriser la sécularisation* » de celui-ci, « *plus que pour insister sur son caractère contractuel* » ; le contrat étant alors opposé à l'idée de sacrement et non à celle d'institution : B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, pp. 7-8.

⁵⁷⁴. Le PACS a ainsi pu être présenté comme synonyme d'avancée de l'ordre contractuel dans le champ familial : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., pp. 169-170.

⁵⁷⁵. Th. BERNS, Les contrats du souverain. Sur la théorie bodinienne du contrat, in *Repenser le contrat*, préc. cit., p. 29.

paraissent en toutes hypothèses pouvoir raisonnablement emprunter ce costume volontariste seul, puisqu'un voile institutionnel⁵⁷⁶ semble devoir nécessairement venir le compléter, il est légitimement permis de douter, à ce stade des développements, de l'effectivité de leur nature contractuelle. Plus précisément leur caractère dérogatoire semble-t-il faire irréductiblement échec à une telle qualification de sorte que les volontés ne s'inscriraient alors que dans un statut légal prédéfini⁵⁷⁷. Il est vrai que la réglementation toujours plus impérative laisse supposer l'existence de véritables statuts.⁵⁷⁸ Mais la conclusion inverse serait-elle réellement si hérétique qu'elle ne le paraît ? Comment en effet ne pas raisonnablement supposer que là où la protection d'intérêts supérieurs l'exige, le droit institutionnel doit nécessairement soutenir et encadrer la norme conventionnelle ? Et en définitive, n'est-ce pas admettre, à l'heure où l'effectivité du principe autonomiste est en conséquence plus que jamais interrogée (§ I), qu'elle ne serait en réalité qu'une vue de l'imaginaire, une illusion d'optique (§ II) ayant détourné les regards, même ceux les plus aguerris, de la réalité contractuelle contemporaine ? La réponse semble bien devoir être affirmative, et les développements qui suivent doivent permettre d'en convenir.

§ I. LA LÉGITIMITÉ DU PRINCIPE AUTONOMISTE INTERROGÉE

173. Le déclin de l'autonomie de la volonté. De nos jours, l'acte contractuel semble ne plus pouvoir être perçu comme étant la chose exclusive des parties puisque « *même si elles n'ont pas été définitivement rayées de la charte contractuelle, les idées de liberté, d'autonomie et d'égalité contractuelles ont pris quelques rides* »⁵⁷⁹. Or, si le volontarisme juridique semble ainsi vaciller par le prisme de l'extension exponentielle de la rhétorique conventionnelle, c'est à l'aune de différents facteurs principaux, les uns d'ordre théorique (A), les autres davantage pratiques (B).

⁵⁷⁶. Il est vrai que coexistent aujourd'hui, au sein de ces accords, des obligations « purement volontaires » ainsi que des obligations imposées par la loi, ou incorporées sous la plume des juges. V° sur ce point, D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *Rev. des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n°1, p. 295, n° 6.

⁵⁷⁷. Sur cette interrogation, v° J. GHESTIN, *La notion de contrat*, *D.* 1990. 147. Et pour un rejet de la qualification contractuelle, v° not. D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), LGDJ, Systèmes, 2004, *préc.*, p. 105

⁵⁷⁸. Ph. RÉMY, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), 1987, p. 272, n° 6.

⁵⁷⁹. D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *Rev. des contrats*, *ibid.*

A. Les facteurs théoriques

174. La dualité de facteurs. Sur le plan théorique, deux soubassements majeurs semblent pouvoir expliquer le déchainement des passions doctrinales qu'a toujours suscité l'étude du principe de l'autonomie de la volonté : l'absence de sa consécration expresse (1), et la profonde confusion sémantique qui en résulte nécessairement et qui entretient intarissablement les discordances, parfois radicales, afférentes à sa portée (2).

1. L'absence de consécration expresse du principe de l'autonomie de la volonté

175. Les sources philosophiques du principe. La théorie de l'autonomie de la volonté⁵⁸⁰ si elle a, depuis le Code civil, toujours été enseignée aux étudiants, n'a cependant jamais été expressément consacrée par celui-ci⁵⁸¹. Pure construction doctrinale⁵⁸² et « *fruit du raffinement de la pensée civiliste* »⁵⁸³, elle puise plutôt ses racines dans la philosophie⁵⁸⁴, et plus particulièrement dans l'œuvre des canonistes⁵⁸⁵ avant d'être relayée par les penseurs de l'École du Droit naturel moderne⁵⁸⁶ ainsi que par les travaux de Kant⁵⁸⁷, et au-delà, dans les

⁵⁸⁰. Sur la genèse de cette théorie, v° M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, *Arch. Phil. Droit* 1957. 97 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Trav. univ. Paris II, 1980.

⁵⁸¹. Même si certains auteurs ont cru pouvoir déceler ce principe dans le texte de l'article 1134. V° notamment, A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, Vol. 9, 1969, p. 213.

⁵⁸². F. CHÉNEDÉ, De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité, *Droit et Philosophie, Annuaire de l'Institut M. Villey*, Vol. 4 – 2012. Il semble ainsi évident que « *l'autonomie de la volonté a justement été parfois présentée comme une construction artificielle* » : E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, préc., p. 15.

⁵⁸³. B. PLESSIX, *Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence*, *Annuaire de l'Institut M. Villey*, 2012, Vol. 4, spéc. p. 286.

⁵⁸⁴. Sur les origines philosophiques du principe, voir la thèse d'Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, préc., p. 30- 60 ; V° également, H.-M. MONEBOULOU MINKADA, La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle, *Juridical Tribune*, Vol. 4, Issue 1, June 2014, p. 89 et s., spéc. p. 94.

⁵⁸⁵. Les canonistes ont en effet valorisé le respect de la parole donnée : « *pacta sunt servanda* ». V° sur ce point, J.-L. GAZZANIGA, *Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'Ancien Régime*, *Droits*, 1990, n° 12, p. 37.

⁵⁸⁶. M. VILLEY, Préface historique à l'étude des notions de contrat, *Arch. Phil. Du Droit.*, Tome 13, Sur les notions de contrat, 1968, p. 3. L'École du droit naturel moderne se distingue de l'École du droit naturel classique en ce que pour elle le droit naturel découle de la nature humaine alors que pour la seconde, il ne serait autre que « *le reflet de l'ordre naturel du cosmos* » : G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey, 2008, spéc. p. 22.

⁵⁸⁷. V° sur ce point, V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980, note 19, pp. 11- 12 ; J. Hummel, *L'autonomie illusoire de la volonté*. Sur

préceptes individualistes du Siècle des Lumières⁵⁸⁸. C'est ainsi que « *notre théorie du contrat est un cadeau que nous a fait, à nous juristes, un certain groupe de philosophes de l'Europe moderne (...) des penseurs parfaitement ignorants du droit* »⁵⁸⁹. Or, sensibles à cette « *philosophie individualiste et à une doctrine économique libérale* » caractéristique de la période moderne, c'est à partir de ce principe dogmatique que les rédacteurs du Code civil ont raisonné⁵⁹⁰. Néanmoins, faute de consécration légale, cette approche autonomiste se trouve teintée d'une coloration intrinsèquement politique, traduisant par-delà « *le rêve d'une société individualiste dont chaque personne serait le centre et dont la finalité dernière serait l'épanouissement de la personnalité de chacun* »⁵⁹¹. C'est ainsi que pâtissant d'un défaut d'assise juridique textuelle, cette doctrine a toujours suscité de nombreuses controverses dont la richesse des débats a sans nul doute contribué à la gloire du principe.

2- L'absence de consensus doctrinal

176. L'ambivalence du principe de l'autonomie de la volonté. L'un des premiers écueils que doit surmonter tout juriste s'attachant à l'étude du principe de l'autonomie de la volonté tient à la polysémie de la notion⁵⁹² source d'une véritable logomachie juridique. Tandis que pour certains celle-ci constituerait le fondement même « *du rapport contractuel* »⁵⁹³, emportant ainsi reconnaissance en faveur des contractants d'un véritable pouvoir de création d'obligations, voire de production normative, détaché de toute emprise du droit objectif⁵⁹⁴, pour d'autres en revanche elle ne serait que la faculté de créer des effets de droits susceptibles de

la « théorie pure du droit » de Schopenhauer, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Droit et philosophie, 2012, vol. 4, p. 209 et s ; E. PUTMAN, Kant et la théorie du contrat, *RRJ* 1996.685.

⁵⁸⁸. V. GAUTRAIS, Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés, *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 128 ; V° également sur ce point, L. ROLLAND, « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons, *McGill Law Journal*, 2006, vol. 51, p. 768.

⁵⁸⁹. M. VILLEY, Préface historique à l'étude des notions de contrat, *Arch. Philo. Droit*, 1968, Tome 13, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹⁰. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 42.

⁵⁹¹. G. ROUHETTE, Thèse préc., p. 47.

⁵⁹². L'expression semble empruntée à la Critique de la raison pratique de Kant. V° en ce sens, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, p. 1, selon qui « *tour à tour affirmée, défiée, aménagée, l' « autonomie de la volonté » côtoie son spectre après sa gloire* ».

⁵⁹³. Ch. LARROUMET, *Droit civil*, T. 3, *Les obligations, Le contrat*, Economica, 4^{ème} éd., 1998, spéc. n° 106.

⁵⁹⁴. Dans une telle perspective, l'obligation juridique ne trouverait sa source et sa mesure que dans la seule volonté des parties.

devenir obligatoires sous couvert d'effet validant du droit objectif. Dans la première hypothèse, « *c'est donc cette volonté humaine qui, tout à la fois, créait le contrat et le façonnait en déterminant librement son contenu* »⁵⁹⁵. De cette puissance créatrice et autonome de la volonté contractuelle⁵⁹⁶, ont ainsi été déduits artificiellement les principes directeurs du régime général des contrats. Josserand et Planiol avaient ainsi déjà tous deux une vision purement volontariste du contrat⁵⁹⁷. Or, entendue de la sorte, la volonté apparaît alors comme le « *centre de gravité du contrat* »⁵⁹⁸, l'arête centrale du squelette contractuel. En somme, l'autonomie de la volonté ressort à la fois comme le principe justificatif de la formation des contrats, ainsi que le fondement de leur force obligatoire.

Néanmoins, d'aucuns ont pu dénoncer ce double rattachement, puisqu'étant « *à l'origine de la confusion entre le moralement et le juridiquement obligatoire, laquelle a permis de considérer que les volontés libres créatrices de droit étaient justes* »⁵⁹⁹. C'est ainsi qu'à l'opposé, certaines voix aiment à rappeler – et cette étude les rejoint nécessairement – que les volontés contractuelles ne sauraient être détachées du droit objectif qui les accueille, l'hétéronomie apparaissant alors comme leur nécessaire corollaire validant. Comme l'avait ainsi très justement déjà souligné Hobbes, « *l'accord (...) des hommes est artificiel : aussi, n'est-il pas étonnant qu'il faille quelque chose d'autre, en sus de la convention, pour rendre leur accord constant et durable ; cette autre chose est un pouvoir commun qui les tient en respect et dirige leurs actions en vue de l'avantage commun* »⁶⁰⁰. Diamétralement opposées, ces deux approches témoignent de l'ambiguïté terminologique consubstantielle à toute construction dogmatique. Or, faute d'unanimité doctrinale, elles participent ainsi à ce que soit interrogée la pertinence contemporaine du principe comme fondement du régime général des contrats, une telle nécessité étant également induite par différents postulats pratiques qu'il convient désormais de présenter.

⁵⁹⁵. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 42.

⁵⁹⁶. Selon cette conception, l'individu apparaît ici comme la « *source du droit et des droits subjectifs* », J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, 5^{ème} éd., 1991, n° 111 et s., p. 78 et s.

⁵⁹⁷. V° sur ce point, J.-P. CHAZAL, L. Josserand et le nouvel ordre contractuel, *Rev. des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 325.

⁵⁹⁸. J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 325.

⁵⁹⁹. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. préc., p. 281.

⁶⁰⁰. Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, Dalloz, Paris, 2000, cité par É. SERVERIN, *Lectures socio-juridiques sur l'État et le contrat*, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 87.

B. Les postulats pratiques

177. La double mutation du contrat. La pertinence du principe autonomiste se pose avec d'autant plus d'acuité que le contrat semble avoir pris certaines distances avec l'archétype que connaissaient les rédacteurs du Code Napoléon, puisque celui-ci accuse aujourd'hui une mutation à la fois structurelle (1) et substantielle. (2)

1. La mutation structurelle du contrat

178. L'asymétrie conventionnelle. « *Volenti non fit injuria* » : à qui consent ne fait pas tort. À en croire cette citation, le consentement est nécessairement exclusif de la conclusion d'un acte contraire aux intérêts des parties. Dans une telle perspective, l'accroissement du contrat répond sans nul doute à la visée individuante⁶⁰¹ des sociétés modernes. Mais il a été démontré précédemment que cette réalité n'est pas entièrement celle à laquelle renvoie le droit positif, puisque les hypothèses d'asymétrie conventionnelle sont désormais légion, et le droit des personnes en témoigne avec une particulière justesse. C'est ainsi qu'il est également de bon ton de soutenir que le contrat doit également répondre à l'idée de justice. Or, il a été dit que selon le principe de l'autonomie de la volonté, cet idéal de justice contractuelle doit nécessairement se réaliser par l'effet du seul ajustement spontané des volontés individuelles des parties. Si un tel optimum pouvait parfaitement se réaliser dans les contrats de gré à gré, topiques de la période du début du 19^{ème} siècle, comment peut-il raisonnablement se réaliser *ipso facto* dans les accords par nature déséquilibrés ? Plus exactement, de quelle manière des relations asymétriques pourraient-elle être systématiquement équitables du seul fait de la rencontre des volontés ? L'interrogation est d'autant plus inévitable qu'en droit des personnes, les conventions sont intimement liées à l'état de vulnérabilité de l'une des parties. Aussi est-il une évidence : le simple jeu des volontés contractuelles est en soi insuffisant à garantir une telle effectivité, de sorte que la vision libérale du contrat issue de l'approche autonomiste semble, à cet égard aussi, devoir être battue en brèche.

179. L'exigence de justice contractuelle. Très tôt d'aucuns ont par ailleurs déjà pu insister sur la nécessité que le contrat ne soit pas abandonné à l'emprise égoïste des volontés individuelles. Comme l'a en effet démontré Durkheim, le contrat doit être socialement

⁶⁰¹. Selon le triptyque de la modernité, les sociétés avancées doivent être « *individuanes, cohésives et juste.* » V° sur ce point, M. PLOUVIEZ, Durkheim et l'histoire du droit contractuel. Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté, *Annuaire de l'Institut M. Villey, Droit et Philosophie*, 2012, Vol. 4, p. 72.

réglementé, puisque l'égalité contractuelle n'est que chimère. Aussi l'ajustement spontané des volontés ne peut-il parvenir à cet optimum puisque « *si même on regarde au fond des choses, on verra que toute harmonie d'intérêts recèle un conflit latent ou simplement ajourné* »⁶⁰². C'est ainsi la prétendue égalité juridique qui vole en éclat⁶⁰³. Et c'est justement cette insuffisance du contrat libre qui fonde la thèse durkheimienne du contrat. Nul besoin de rappeler ici le célèbre aphorisme « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* ».

Dans une telle perspective, si l'expression des volontés individuelles est nécessaire à l'idée de contrat, elle n'est en soi pas autosuffisante⁶⁰⁴ : elle doit en effet se conformer à la réglementation sociale instituée par le pouvoir institutionnel. Dès lors, « *le contrat réglementé permet, non pas l'avènement de la solidarité contractuelle, mais son incarnation juridique* »⁶⁰⁵. Aussi, si la justice contractuelle est immanente aux volontés individuelles, cela ne signifie nullement que celle-ci provient de ces seules volontés. Dès l'instant où le contrat est perçu comme mettant en jeu des intérêts antagonistes, reposant bien souvent sur une inégalité de fait des parties, le jeu des volontés individuelles doit être encadré par l'hétéronomie afin que l'accord se conforme justement à cet objectif. Dès lors, le contrat n'apparaît plus juste en ce qu'il a été librement consenti, mais bien plutôt librement voulu en ce qu'il est objectivement juste.⁶⁰⁶

Cette insuffisance des volontés libres, si elle n'annihile pas leur rôle, remet cependant en cause le dogme de leur autonomie, puisque le principe de solution n'est autre que celui de l'équilibre des intérêts en présence, de sorte que l'autonomie de la volonté est en réalité « *moins un principe qu'un problème à résoudre* »⁶⁰⁷. Et c'est justement cette solution qui est avancée par les pouvoirs publics par l'effet d'une modification substantielle de l'acte contractuel contemporain.

⁶⁰². E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, préc., p. 181. C'est de cette critique du principe de l'autonomie de la volonté qu'est né le célèbre aphorisme : « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* ».

⁶⁰³. A la supposée égalité juridique se sont substituées « *des inégalités matérielles et sociales.* » Aussi le contrat libre apparaît-il comme l'instrument « *d'une imposition des volontés socialement les plus fortes.* » M. PLOUVIEZ, Durkheim et l'histoire du droit contractuel. Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté, *op. cit.*, p. 78. - Adde J.-P. CHAZAL, G. Ripert et le déclin du contrat, *Rev. des contrats*, 01- 04. 2004, p. 244, selon qui « *le contrat est désormais perçu comme un lien d'exploitation des faibles par les forts* ».

⁶⁰⁴. Pour une telle analyse des travaux de Durkheim, v° notamment, M. PLOUVIEZ, *op. cit.*, p. 231 et s.

⁶⁰⁵. M. PLOUVIEZ, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁰⁶. V° sur ce point, M. PLOUVIEZ, Durkheim et l'histoire du droit contractuel. Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté, *ibid.*

⁶⁰⁷. G. ROUHETTE, La force obligatoire du contrat, Section I – Rapport français, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON et D. HARRIS (dir.), Paris, LGDJ, 1987, spéc. p. 51, note 121.

2. La mutation substantielle du contrat

180. L'enrichissement institutionnel du contrat. En raison de l'évolution structurelle du contrat, et de la multiplication des relations asymétriques, c'est également en substance que celui-ci évolue sous l'influence hétéronome. Le contrat d'aujourd'hui n'est plus le même qu'hier. Alors qu'il mettait traditionnellement en jeu des adversaires aux intérêts antagonistes, aux buts divergents, le contrat « *apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'œuvre commune, et comme une entité contractuelle* »⁶⁰⁸. Il en résulte que « *le lien contractuel tend peu à peu à substituer au conflit d'intérêts, l'union des intérêts* »⁶⁰⁹. Le contrat apparaît ainsi comme un lieu de coopération, d'entraide, voire en forçant un peu le trait, de « *fraternité* »⁶¹⁰, auquel concourent les différentes obligations impératives introduites tant par le législateur⁶¹¹ que le juge⁶¹². Par l'imposition de ces nouveaux « devoirs » aux contractants les plus forts, l'acte contractuel est ainsi devenu « *un haut lieu de sociabilité et d'amitié* »⁶¹³ où l'existence première d'intérêts antagonistes ne fait dès lors plus obstacle à l'entraide contractuelle, ou à tout le moins, sans angélisme aveugle, à une certaine forme de coopération⁶¹⁴. Certains auteurs ont cependant dénoncé l'ingérence croissante du législateur et du juge dans le contrat, évoquant même sans détour le déclin de « *l'âge d'or contractuel* »⁶¹⁵. Mettant ainsi en lumière l'œuvre intrusive de la Haute Cour, résultant notamment de la proclamation d'une obligation de sécurité, Josserand a pu évoquer le « *forçage* »⁶¹⁶ croissant du contenu contractuel, les parties ne régnant plus en maître sur celui-ci. Elles doivent en effet composer avec les nombreuses exigences de forme et de contenu du droit objectif.

⁶⁰⁸. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 56.

⁶⁰⁹. C. THIBIERGE- GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, art. préc., n° 6.

⁶¹⁰. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *ibid.*

⁶¹¹. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, il est notamment possible de citer la consécration du devoir de bonne foi au stade de la période précontractuelle par l'ordonnance du 10 février 2016.

⁶¹². V° notamment la consécration jurisprudentielle des obligations de sécurité, ou d'information dans différents contrats.

⁶¹³. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, préc., spéc. n° 55.

⁶¹⁴. Est ainsi assuré de manière hétéronome l'altruisme des cocontractants. V° C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. p. 376.

⁶¹⁵. L. JOSSERAND, *D.H.* 1933, chron. p. 89 ; RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1948, n° 137.

⁶¹⁶. L. JOSSERAND, *ibid.*

Aussi, après analyse de la transformation contemporaine du contrat, tant en sa physionomie qu'en sa substance, il semble que l'idée, selon laquelle le contrat est l'archétype des actes de liberté et d'égalité, ait pris quelques rides. C'est ainsi la foi en l'individualisme juridique qui vacille depuis maintenant plusieurs décennies, au point que certains n'hésitent plus à évoquer « un *indéniable déclin de l'autonomie de la volonté* »⁶¹⁷. Il est vrai que le droit des contrats apparaît aujourd'hui tiraillé entre une approche volontariste, qui privilégie le respect des volontés contractuelles, et une approche commutative⁶¹⁸ selon laquelle le principe premier demeure l'équilibre du contrat. Et les accords recensés en droit des personnes semblent parfaitement s'inscrire dans cette dernière perspective. Aussi, dans de telles conditions, est-il encore raisonnable de fonder le droit commun des contrats sur le principe de l'autonomie de la volonté ? Rien n'est moins sûr si l'on s'en tient au sens originaire dont l'a doté la doctrine majoritaire. Mais dès lors, est-il si incongru que cela de supposer que les accords de volontés en droit des personnes ne se développent in fine peut être pas totalement en marge du champ contractuel ? Sans doute la contestation contemporaine de la légitimité du principe de l'autonomie permet-elle d'en douter.

§ II. LA LÉGITIMITÉ DU PRINCIPE AUTONOMISTE CONTESTÉE

181. La dualité de motifs. « Une théorie juridique doit [...] permettre d'aboutir par simple déduction à la solution du droit positif nouvellement dégagée. Il en résulte que le principe juridique doit être inductivement établi non par sa seule intuition philosophique mais en fonction des faits à justifier »⁶¹⁹. Or, alors que la création artificielle du principe de l'autonomie de la volonté porte en elle une empreinte philosophique particulièrement notable, celui-ci paraît ne plus être apte à répondre aux canons contractuels contemporains. Les diverses mutations structurelles et substantielles que connaît le contrat impliquent en effet, après l'interrogation qu'elles ont suscitée quant à la pertinence du principe autonomiste, que celui-ci

⁶¹⁷. É. SAVAUX, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité, art. préc., n° 239, p. 191.

⁶¹⁸. V° en ce sens M. VILLEY, *Carnets*, PUF, 1995, p. 470, XXIII, 124, selon qui le « *contrat est comme talion soumis à la justice commutative présente dès le stade de sa formation, quand on négocie pour trouver les stipulations acceptables – et non pas seulement la loi du marché, la loi de la jungle* ».

⁶¹⁹. E. SALLE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1930, p. 7.

soit dépassé⁶²⁰, les motifs présidant à sa réfutation devant alors être exposés. À cet égard doit tout d'abord être démontrée l'absence de suprématie des volontés individuelles sur le droit objectif (A), pour ensuite appréhender justement les écueils inhérents à l'acception classique du principe autonomiste. (B)

A. L'absence de suprématie des volontés individuelles sur le droit objectif

182. La porosité contemporaine du contrat. L'autonomie contractuelle n'est, semble-t-il, pas aussi antithétique à l'hétéronomie étatique qu'elle ne l'est supposée. Il est en effet une évidence : l'insertion du contrat dans un contexte social donné qui l'oriente nécessairement (1), de sorte que la volonté contractuelle apparaît indissociablement liée à la contrainte hétéronome. (2)

1. Le contrat : un fait social

183. Le contexte social du déploiement des volontés contractuelles. Traditionnellement, l'autonomie de la volonté est perçue comme la théorie fondamentale de laquelle est issue la possibilité pour les contractants de créer leur propre loi et de n'être liés que s'ils l'ont librement consentie⁶²¹. Entendue ainsi, elle renvoie au pouvoir souverain des individus, et concurrent à la loi, de créer des obligations⁶²². Mais le droit positif vient contredire cette acception. Nul ne peut légitimement encore soutenir aujourd'hui que le droit objectif n'est pas, dans la hiérarchie des normes, supérieur à la norme contractuelle résultant de l'accord des volontés⁶²³. Soutenir le contraire reviendrait en effet à nier dangereusement l'antériorité du premier sur la seconde⁶²⁴, mais surtout que le déploiement de celle-ci intervient nécessairement

⁶²⁰. D'aucuns évoquent par ailleurs déjà l'idée de « mythe » de l'autonomie de la volonté : D. FENOUILLET, *La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), LGDJ, 2004, préc., p. 106.

⁶²¹. Cf. BRENNER, *L'acte juridique*, *Rép. de droit civil*, 2013, spéc. n° 63.

⁶²². *Vocabulaire juridique CAPITANT*, 2^{ème} éd., G. CORNU (dir.), V° Autonomie.

⁶²³. C'est ainsi que « *Kelsen situe expressément les contrats individuels dans l'enchaînement des normes objectives constituant le droit objectif* » : J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990. 147, préc.

⁶²⁴. C'est ainsi que « *contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit.* » : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 9^{ème} éd., 2005, p. 32

dans un contexte donné qui la transcende⁶²⁵ et l'oriente. Aussi le contrat n'est-il pas seulement *l'instrumentum* d'une opération donnée, qu'elle soit économique ou non. Il est aussi le support d'une opération sociale qui s'inscrit « *dans un environnement dynamique* »⁶²⁶. Plus exactement, il est un rapport interindividuel dont le fondement « *objectif (...) permet l'évaluation et l'appréciation des idées et des conduites subjectives* »⁶²⁷. Le Professeur Raynaud avait déjà ainsi pu relever que « *la volonté, en effet, n'est guère concevable à l'état pur : elle s'exprime dans le monde des faits et des structures sociales, elle se manifeste en fonction des institutions façonnées par la loi, les usages ou les habitudes (...)* »⁶²⁸. Constatant ainsi l'enchâssement de la volonté et de l'ordre social dans lequel elle se déploie, l'auteur en déduisait ensuite que « *la nature des choses* » impose à la volonté « *le nécessaire et lui interdit l'impossible* », légitimant ainsi l'encadrement institutionnel du mécanisme contractuel. Aussi, réduire le contrat à un simple échange de consentements revient à faire de celui-ci, de manière un peu simpliste, un instrument qui « *serait finalement sans vie, dépeçé des exigences éthiques qui en sont le fondement* »⁶²⁹. Bien au contraire, il est le siège d'un savant « *équilibre, un dosage, variable suivant les actes et suivant les moments, de l'objectif et du subjectif* »⁶³⁰. Il semble bien dès lors que le principe autonomiste soit inopérant à expliquer et refléter une telle interpénétration entre la volonté contractuelle et la contrainte institutionnelle. Aussi, comme l'avait également très justement démontré Gounot, dès lors que le contrat se perçoit comme un fait social, la force obligatoire des conventions ne saurait être fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté, celui-ci présidant à la seule satisfaction des intérêts propres des contractants. C'est bien plutôt l'équilibre des intérêts en présence, réalisé par la justice commutative, et le respect de l'intérêt général, qui permet que le contrat reçoive force exécutoire⁶³¹. Aussi le contrat se trouve-t-il nécessairement astreint à une « *irréductible dualité* »⁶³². Il s'inscrit en effet dans un

⁶²⁵. Cl. BRENNER, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°63. Selon cet auteur, l'homme « *est un être naturellement social.* »

⁶²⁶. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préc., p. 293.

⁶²⁷. I. A. TASSOPOULOS, *ibid.*

⁶²⁸. P. RAYNAUD, Préface, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, J. HAUSER (dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, p. II.

⁶²⁹. P.-Y. GAHGOUN, Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat, *Dalloz*, 2005, 1517, préc.

⁶³⁰. P. RAYNAUD, Préface, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, *idid.*

⁶³¹. V° sur cette analyse, Ph. RÉMY, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), 1987, n° 6, p. 272.

⁶³². Pour reprendre l'expression du Professeur Hervé LÉCUYER, Mariage et contrat, in *La contractualisation de la famille*, préc., p. 61.

« environnement législatif ou réglementaire qui ne relève pas directement du droit des contrats, mais exerce sur lui une influence parfois considérable »⁶³³. Cette ambivalence structurelle s'avère par ailleurs d'autant plus marquée en droit des personnes que les accords de volontés voisinent avec différents principes supérieurs auxquels il importe que les volontés ne viennent pas attenter.

2. Le contrat : un acte subjectif indissociable de la contrainte objective

184. L'hybridité de l'acte contractuel. Bon nombre des nouveaux avatars que reçoit le droit positif des contrats, et semble-t-il aussi le droit des personnes, apparaissent comme des contrats réglementés, mi-contractuels, mi-institutionnels⁶³⁴, comme peut l'être le contrat de société.⁶³⁵ Cette « hybridation »⁶³⁶ de l'acte tient d'une part à ses nouvelles terres d'élection (2-1), et d'autre part, à la nécessité que celui-ci épouse fidèlement les contours de l'intérêt général. (2-2)

2-1. La contrainte objective consubstantielle à l'extension du champ contractuel

185. La limitation légale de la liberté. Sous l'effet de la contractualisation du droit, et tout particulièrement en droit des personnes, les volontés libres ne peuvent s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre légal et prédéfini, l'encadrement du droit objectif apparaissant même ici comme le strict corollaire du déploiement des droits subjectifs. Il est évident que les conventions dans ce champ disciplinaire, si elles devaient être soumises au seul pouvoir des volontés autonomes des individus, présenteraient un risque potentiel pour les intérêts du contractant vulnérable, voire l'intérêt général. Comment ne pas déceler l'importance des bornes hétéronomes en ce domaine ? Admettre le contraire, serait abandonner la détermination de la

⁶³³. Ch. JAMIN, Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux, in *Repenser le contrat*, préc., p. 176.

⁶³⁴. La querelle soulevée entre le mariage-institution et le mariage-contrat a été résolue par l'adoption d'une conception mixte, mi-institutionnelle, mi-contractuelle. V° en ce sens, D. MAZEAUD et L. LEVENEUR, H.L.J. MAZEAUD, *La famille*, 7^e éd. par L. LEVENEUR, n° 711.

⁶³⁵. La nature mixte du contrat de société a été mise en lumière par une partie de la doctrine. Voir notamment sur ce point l'analyse du Professeur MAY, La société, contrat ou institution ?, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, préc., p. 142.

⁶³⁶. V° notamment sur cette figure de l'hybridation, A. SUPIOT, *Le Monde* 7 mars 2000, pour qui la contractualisation est le « symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat ».

condition humaine aux aspirations et complexions individuelles. Or, puisqu'un accroissement du périmètre des volontés a été rendu nécessaire à l'aune des progrès technico-scientifiques et de la pression croissante de l'hyper-individualisme, il en est résulté que la promotion du consensuel ne peut raisonnablement prospérer que sous le jouc institutionnel.

2-2. *La contrainte objective comme moyen de protection d'intérêts légitimes*

186. L'influence de considérations supérieures. Comme il vient d'être dit, l'immixtion institutionnelle dans les accords en droit des personnes répond à l'extension de la rhétorique contractuelle, et à la nécessité subséquente de protéger certaines conceptions ou valeurs essentielles. Aussi, si le pouvoir des volontés est premier dans le contrat, son déploiement se heurte en revanche aux exigences de l'intérêt général. Plus précisément l'existence de considérations supérieures vient-elle justifier l'imposition de certaines règles impératives aux volontés individuelles. C'est ainsi notamment que le nécessaire respect de la dignité de la personne humaine justifie qu'un principe de gratuité et d'anonymat entoure les actes portant sur le corps humain, ou que différentes hypothèses de retrait soient prévues. De même le nécessaire respect de l'intégrité morale de la personne et de sa liberté justifie-t-il que le consentement, lorsqu'il intervient relativement à un attribut de la personnalité, soit nécessairement spécial, et en certaines circonstances, révocable. Dans la même perspective, c'est également l'intérêt de l'enfant qui vient tempérer le déploiement des droits subjectifs, en témoigne par exemple la direction hétéronome du contenu du mandat de protection future conclu pour autrui. Plus largement, c'est ainsi la protection de la vulnérabilité de la partie faible qui justifie que le contrat soit impérativement soumis à une « *civilité juridique* » insufflée par l'institutionnel, et « *fondée sur la sympathie et les sentiments moraux* »⁶³⁷, en témoigne notamment l'exigence de bonne foi ou encore l'obligation d'information mise à la charge du contractant le plus fort. Il est vrai que ces nouveaux devoirs revêtent « *un rôle complémentaire ou même correcteur à la seule volonté des contractants* »⁶³⁸. Cette approche du contrat, plus rigide que celle libérale résultant du volontarisme juridique, mais davantage conforme aux intérêts supérieurs de la société et de ses membres, implique ainsi qu'une certaine humanité et une sociabilité gouvernent les conventions. Sans doute une telle évolution du droit des contrats

⁶³⁷. I. A. TASSOPOULOS, La civilité juridique au fondement du contrat ? Sur l'articulation entre contrat et sentiments moraux chez Adam Smith, in *Repenser le contrat*, préc., p. 67.

⁶³⁸. I. A. TASSOPOULOS, *op. cit.*, p. 68.

conduira-t-elle au dépassement de l'antagonisme périmé entre l'autonomie et l'hétéronomie⁶³⁹, tant il est vrai que « *le dirigisme, envisagé en soi, n'est ni une maladie, ni une panacée, ni un malheur, ni un bienfait ; il est un effort tenté en vue d'adapter le droit contractuel à une situation économique et sociale nouvelle* »⁶⁴⁰. Quoiqu'il en soit, pour l'heure, c'est à tout le moins à l'incomplétude du principe autonomiste que cette direction nouvelle renvoie.

B. L'incomplétude du principe autonomiste

187. Les motifs. De cette interférence nouvelle entre le consensuel et l'institutionnel, d'aucuns ont abouti à la conclusion de la péremption du « mythe de l'autonomie de la volonté ». Pourtant, cette affirmation peut, à bien des égards, paraître excessive lorsque l'on s'attache à la force des volontés. Il semble bien en effet que l'interprétation du principe autonomiste par une partie de la doctrine soit lacunaire (1), particulièrement s'agissant de la force conférée aux volontés contractantes. (2)

1. L'acception originare tronquée du principe autonomiste

188. Un déclin à nuancer. « *Le mythe de l'autonomie de la volonté a été balayé par des recherches des sciences humaines au profit de la nouvelle vision de l'homme intégré dans les groupes sociaux multiples dont il fait partie, et dont il partage les valeurs* »⁶⁴¹. D'aucuns n'hésitent ainsi plus à évoquer un « *mythe périmé* »⁶⁴² ou encore un « *mythe explicatif* »⁶⁴³. Néanmoins, évoquer le déclin du principe autonomiste c'est avant tout reconnaître qu'il a un jour régné sur l'empire contractuel. Or, si la volonté a toujours été, dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon, l'élément déterminant de l'acte contractuel, il semble en revanche que

⁶³⁹. À cet égard, comme l'a très justement souligné le Professeur Hervé Lécuyer, il s'avère nécessaire de « *cesser de lire le droit des contrats à travers le prisme de la théorie de l'autonomie de la volonté* » : H. LÉCUYER, Mariage et contrat, in *La contractualisation de la famille*, préc., p. 60.

⁶⁴⁰. L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTD civ.* 1937, 1.

⁶⁴¹. C. GRZEGORCZYK, L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit, *Droits* n° 7, *L'acte juridique*, p. 50.

⁶⁴². B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Obligations*, Vol. 2, *Contrat*, Litec, 4^{ème} éd., 1993, n° 22, p. 9.

⁶⁴³. Ph. RÉMY, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *Le droit contemporain des contrats (Bilan et perspectives)*, Travaux et recherches de la Faculté des Sciences juridiques de Rennes, *Economica* 1987, n° 7, p. 273.

l'étendue de son autonomie n'ait jamais été entendue dans son sens le plus absolu. Guère besoin de pousser bien loin l'analyse du Code civil pour se rendre compte que les codificateurs n'ont pas souhaité conférer aux volontés contractuelles une toute puissance souveraine. La seule lecture de l'article 6 du Code civil ou de l'alinéa 2 l'article 1102 du Code suffit à en témoigner⁶⁴⁴. Mais pourquoi un tel écueil ? Il semble que la réponse soit à rechercher dans le sens conféré à la volonté contractuelle.

2. La tempérance de la portée des volontés

189. L'interférence du droit objectif et des volontés contractuelles. Comme cela a été rappelé précédemment, l'autonomie de la volonté s'entend traditionnellement d'un pouvoir créateur à la fois autonome et concurrent de la loi. La fausseté de cette acception a cependant également été démontrée, puisque la volonté ne saurait en toutes hypothèses, et plus particulièrement en droit des personnes, être détachée de la tutelle hétéronome. Toutefois, elle « *n'en reste pas moins un pouvoir que détient chaque sujet de droit et dont il peut faire usage, de façon autonome, dans le cadre dessiné par la loi* »⁶⁴⁵. Mais ce pouvoir ne saurait être absolu. En forçant un peu le trait, il n'y a alors rien de déraisonnable à considérer que si autonomie de la volonté il y a, c'est uniquement celle de s'engager ou pas, ainsi que de choisir son cocontractant, puisqu'ensuite la volonté contractuelle doit nécessairement se conformer aux exigences du droit objectif⁶⁴⁶, et notamment de l'ordre public. Et ce n'est que sous réserve de ce double respect que le contrat peut devenir contraignant. La validité de l'acte ne repose ainsi pas sur la seule rencontre des volontés contractantes, élément subjectif « *dynamique* » nécessaire à sa formation, mais également sur leur conformité au droit objectif⁶⁴⁷. Est ainsi révélée la constante correction apportée par les pouvoirs publics aux volontés, de sorte que le consentement pur ne saurait être obligatoire. Or, si une telle volonté n'est pas la source exclusive de l'obligation, quel autre élément en est alors à l'origine ?

⁶⁴⁴. C. civ., art. 1102, al. 2 : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

⁶⁴⁵. É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Thèse préc. n° 120, p. 99.

⁶⁴⁶. J. GHESTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, *Rev. d'économie industrielle*, n° 92, 2^{ème} et 3^{ème} trimestre 2000, spéc. p. 86.

⁶⁴⁷. J. GHESTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, *op. cit.*, spéc. n° 9, p. 86.

SECTION 2. LE DÉPASSEMENT DU PRINCIPE AUTONOMISTE

190. Méthode. Si le volontarisme juridique, construit sur le principe de l'autonomie de la volonté entendu dans son acception classique, n'est plus caractéristique du droit positif des contrats, quelle est donc alors cette nouvelle ligne directrice ? S'il peut paraître certainement risqué et hasardeux de chercher de nouvelles pistes de lecture du contrat, tant l'œuvre des juristes est conséquente en la matière, cette étude ne saurait toutefois faire l'économie de cette délicate tâche, sauf à être lacunaire. En effet, dès lors qu'est contestée la faculté pour le critère autonomiste d'être le principe justificatif de la force obligatoire des conventions, doivent alors être présentées les différentes thèses substitutives susceptibles d'expliquer l'origine du caractère contraignant des contrats. Plusieurs critères ont été proposés par la doctrine ; il convient donc tout d'abord d'en faire un bref examen (§ I) pour ensuite tenter de proposer une nouvelle grille de lecture du mécanisme contractuel (§ II), et déceler son adéquation éventuelle avec les accords de volontés innervant le droit des personnes.

§ I. LES CRITÈRES SUBSTITUTIFS

191. L'ordre métaphysique de l'autonomie. Dès lors qu'est qualifiée « *de métaphysique et d'irréaliste* »⁶⁴⁸ l'idée selon laquelle les volontés libres et autonomes seraient la source unique de l'obligation, un pas de plus est effectué dans le processus de réfutation du volontarisme juridique⁶⁴⁹. Néanmoins, un chemin important reste encore à parcourir puisqu'il convient dès lors de présenter les différentes thèses substitutives développées dans les travaux

⁶⁴⁸. J. GHESTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, *op. cit.*, n° 2, p. 82, faisant référence à R. SACCO, Dictionnaire, Contrat, *Revue européenne de droit privé*, Kluwer Law International, 1999, n° 2, pp. 137 et s.

⁶⁴⁹. La critique de l'approche volontariste du contrat s'est accentuée sous la plume de différents auteurs à compter de la fin du siècle dernier. V° notamment C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997. 357 ; D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Paris, Dalloz, PUF, 1999 et du même auteur, Le nouvel ordre contractuel, *RDC* 2003.295 ; Ch. JAMIN, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, G. GOUBEAUX (dir.), Paris, LGDJ, 2001, p. 441 et du même auteur, Le solidarisme contractuel : un regard Franco-Québécois, *9ème Conférence Albert Mayrand*, éd. Thémis, 2005.

doctrinaux. Sans vouloir ici prétendre à l'exhaustivité de leur présentation, deux approches majeures semblent néanmoins mériter une attention accrue. Tandis que la première s'inscrit dans la continuité du volontarisme en ce qu'elle maintient l'échange des volontés comme le critère central du contrat (A), la seconde dénote en revanche par son originalité en se positionnant hors des sentiers battus de l'approche classique. (B)

A. Les approches substitutives maintenant le critère de la volonté contractuelle

192. Deux approches doctrinales, sensiblement distantes du volontarisme juridique, s'articulent pourtant également autour du critère de la volonté contractuelle : celle dite du « solidarisme contractuel » (1) ainsi que celle du « volontarisme social » (2).

1. Le solidarisme contractuel

193. La socialisation du contrat. Alors qu'au XIX^{ème} siècle, la lecture individualiste et libérale du contrat a conduit à la multiplication des inégalités, le début du XX^{ème} siècle a vu se multiplier les réactions doctrinales s'articulant autour de la question sociale du contrat. C'est ainsi qu'à rebours de l'individualisme de la thèse volontariste s'est développé le solidarisme contractuel⁶⁵⁰ (1-1), lequel paraît à bien des égards trouver un écho certain en droit des personnes (1-2).

1-1. Le développement de l'approche solidariste du contrat

194. Le contexte de la théorisation de la thèse solidariste. Alors que l'approche volontariste du contrat prônait le primat de l'individuel sur le collectif, celle solidariste vise à l'inverse à promouvoir la défense du collectif sur l'individuel, ainsi qu'une certaine solidarité

⁶⁵⁰. Pour une étude de ce courant de pensée, v° notamment, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD Civ.* 1997, p. 357 et s. ; Ch. JAMIN, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Études J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441 et s., et du même auteur, Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Economica*, 2004, p. 159 et s. ; et *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois : 9^{ème} conférence Albert-Mayrand*, Ed. Thémis, 2005, vol. 1 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Préf. É. LOQUIN, Litec, Coll. Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2006, vol. 27 ; M. MEKKI, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *Rev. des contrats*, 01- 01. 10, n° 1, p. 383, spéc. n° 8 et s.

contractuelle⁶⁵¹. Cette dernière, axiologiquement aux antipodes de la première⁶⁵², repose non pas comme celle-ci sur l'idée Rousseauiste du mythe fondateur d'un contrat librement conclu par des individus, mais bien plutôt sur l'agrégation de l'individu à une société préexistante, avec en toile de fond, la nécessité pour celui-ci de respecter les intérêts de tous, chacun devenant ainsi le débiteur de la collectivité⁶⁵³. Sans vouloir s'attarder à la genèse du mouvement⁶⁵⁴, il convient néanmoins d'en situer les prémices à la fin du XIX^e siècle, l'œuvre de Léon Bourgeois ou encore celle de Demogue⁶⁵⁵ ayant largement contribué au succès de cette théorie.

195. Le contenu de la thèse solidariste. L'approche solidariste s'est ainsi érigée contre le postulat de l'égalité des contractants⁶⁵⁶ et prône l'existence d'un impératif moral de solidarité entre les parties afin de pallier l'insuffisance du libre jeu des volontés individuelles, visant ainsi à rétablir la justice contractuelle. Dans une telle perspective, l'homme n'est pas un être isolé et indépendant, mais bien plutôt un individu social dont l'appartenance à la communauté fait de lui « *le débiteur de l'association humaine* »⁶⁵⁷ ainsi constituée. Selon cette approche, le contrat est l'œuvre commune des contractants, ceux-ci – ou plus précisément le plus fort envers le plus faible – devant dès lors coopérer à l'effectivité de l'acte, lequel est alors perçu comme « *une*

⁶⁵¹. Le professeur Christophe Jamin la définit par ailleurs comme rompant « *avec une conception purement volontariste du contrat (c'est-à-dire avec le contractualisme, mais non point avec la contractualisation), car celui-ci (le contrat) y est en définitive perçu comme un instrument de solidarité où l'échange des services doit l'emporter sur l'opposition des intérêts* » : V^o Ch. JAMIN, Quelle nouvelle crise du contrat, in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Paris, Dalloz, 2003, p. 13.

⁶⁵². Si l'opposition axiologique entre les volontaristes et les solidaristes est manifeste, il y a néanmoins un aspect sur lequel l'entente demeure parfaite : la volonté comme source de l'effet obligatoire du contrat, si ce n'est que les seconds en soumettent la validité à certaines exigences sociales supérieures. V^o sur ce point, J. CÉDRAS, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, *Rapp. C. Cass.* 2003.

⁶⁵³. H.-M. MONEBOULOU MINKADA, La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle, *Juridical Tribune*, Vol. 4, Issue 1, June 2014, spéc. p. 102, renvoyant à Ch. JAMIN, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Mélanges offerts à Jacques GHESTIN*, LGDJ 2001, note de bas de page n^o 24.

⁶⁵⁴. Ph. RÉMY, La genèse du solidarisme, in *Colloque sur le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *préc.*, p. 3 et s. ; P. MAZET, Le courant solidariste, in *Colloque sur le solidarisme contractuel*, *préc.*, p. 13 et s. ; V^o également Y. LEQUETTE, *Bilans des solidarismes contractuels*, Mélanges Didier, 2008, Economica, p. 247.

⁶⁵⁵. Prenant appui sur la lettre de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, Demogue considérait le contrat « *comme une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (...)* ». Il en résulte une certaine « *union* » des cocontractants ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, spéc. n^o 3.

⁶⁵⁶. Selon l'approche solidariste, la libre volonté et l'égalité contractuelle apparaissent comme « *des mythes, voire des tromperies quand les parties sont inégales en force* » : J. CÉDRAS, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, *Rapp. C. Cass.* 2003, *op. cit.*

⁶⁵⁷. L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1986, p. 116.

sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »⁶⁵⁸. C'est ainsi à un rééquilibrage de l'accord⁶⁵⁹ en faveur du plus faible que parvient la doctrine solidariste, l'œuvre du juge en la matière ressortant comme essentielle. En ce sens, le solidarisme apparaît comme une voie médiane entre une approche purement « *dirigiste* » du contrat et une beaucoup plus « *libérale* »⁶⁶⁰. Aussi ne s'agit-il pas pour les solidaristes de nier tout rôle à la volonté, mais simplement de relever l'absence d'autonomie pleine et entière de celle-ci, de sorte que certaines règles institutionnelles peuvent être imposées aux contractants les plus forts conformément à la solidarité qui doit unir les différents partenaires contractuels⁶⁶¹. Sans doute pourraient ainsi être rattachés à cette sensibilité les différentes obligations imposées au partenaire le plus fort en droit des personnes, particulièrement celle d'information ou de conseil. Il est vrai qu'une telle acception est séduisante, et semble à bien des égards refléter la réalité du droit positif. Nul ne contestera que l'impératif de protection du contractant vulnérable irrigue le régime général du contrat. Aux hypothèses d'asymétries conventionnelles nouvelles correspond en effet un rééquilibrage croissant des relations par le pouvoir institutionnel, une telle compensation illustrant avec une certaine justesse la réalité contractuelle contemporaine.

1-2. La traduction du solidarisme en droit positif

196. La tempérance de l'excessivité de la thèse solidariste. Si certaines critiques sont opposées au courant solidariste, la principale étant sans nul doute la prégnance du pouvoir judiciaire sur le contrat tant l'impérialisme des juges peut à bien des égards être redouté et redoutable, le solidarisme recouvre en revanche certaines vertus dont leur manifestation en droit positif en témoigne à l'évidence, et qui s'avèrent essentielles au développement du contrat en droit des personnes. S'il est vrai que l'acte contractuel est avant tout l'œuvre des parties, il est en revanche une autre certitude, celle de la nécessaire protection de la vulnérabilité de la partie faible, y compris lorsqu'elle ne peut être entreprise que par l'entremise de l'œuvre du juge. Par exemple, il a été expliqué, s'agissant du mandat de protection future, que sa prise

⁶⁵⁸. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, T. VI, 1931, spéc. p. 9.

⁶⁵⁹. Ch. JAMIN, Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Colloque sur le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., spéc. p. 162.

⁶⁶⁰. Ch. JAMIN, Révision ou intangibilité du contrat ou la double illusion de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et patr.*, Mars 1998, p. 46 et s., spéc. p. 56

⁶⁶¹. H.-M. MONEBOULOU MINKADA, La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle, art. préc., spéc. p. 103.

d'effets impliquait que la personne soit soustraite de la protection légale et que ses intérêts soient pourvus par le contenu de l'acte. Or, à l'évidence, si une déjudiciarisation de la protection de la personne vulnérable intervient en amont de la conclusion de l'acte, il est parfaitement légitime qu'un contrôle judiciaire puisse intervenir en aval lorsque les intérêts du mandant l'exigent. Sans prétendre encourager en toutes hypothèses une telle immixtion judiciaire, il est indéniable qu'elle doit être favorisée lorsque l'état de vulnérabilité du contractant le justifie. En outre, l'extension des pouvoirs du juge n'a rien de dérogoire au droit commun, mais reflète au contraire l'orientation actuelle du droit des contrats, particulièrement depuis la réforme de février 2016. Nul besoin de rappeler que l'un des plus anciens bastions du volontarisme, à savoir le rejet de la révision pour imprévision⁶⁶², est à cette occasion tombé. Or, cette faculté nouvelle se réalise à l'évidence par le truchement du pouvoir judiciaire. En somme, il est manifeste que le contrat n'est pas entièrement imperméable à la jurisprudence.

Finalement, la seule critique qu'il soit possible d'adresser au solidarisme résulte de la nature et de l'étendue de la solidarité tel qu'elles sont entendues par les partisans de cette approche puisqu'affirmer qu'un lien d'union ou de fraternité unit les contractants semble, si ce n'est inexact, à tout le moins excessif. En effet, si immixtion hétéronome il y a, ce n'est nullement en raison d'une prétendue solidarité, mais bien afin de rendre conforme l'accord des volontés, tant aux intérêts du plus faible, qu'à l'intérêt général. Aussi, aucun « *jus fraternitatis* »⁶⁶³ n'existe, seule la nécessité impérieuse de ne pas contrevenir aux intérêts supérieurs de la partie faible, ou à ceux de la société prévalant. Aussi, ainsi détachée de tout angélisme, l'approche solidariste s'avère particulièrement vérifiable en droit des personnes. Si le contrat « *n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité (...) et repose avant tout, comme l'a écrit et dit le Doyen Carbonnier sur un antagonisme d'intérêts* »⁶⁶⁴, rien ne s'oppose en revanche à ce que le droit objectif vienne encadrer cette opposition afin que celle-ci n'emporte

⁶⁶². La révision pour imprévision vient s'adjoindre aux diverses hypothèses de réduction de l'acte excessif que connaissait déjà le droit antérieurement à la réforme de février 2016. C'est ainsi qu'antérieurement à la réforme du droit des obligations le code civil admettait déjà que les actes passés par un majeur protégé soient rescindés pour lésion. C'est ainsi que l'article 435, alinéa 2 du code civil indique que les actes passés par une personne placée sous sauvegarde de justice « *peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès (...)* ». La même solution se retrouve à l'article 465 s'agissant des majeurs sous curatelle et sous tutelle. De même l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit-il, en cas de cession du droit d'exploitation d'une œuvre de l'esprit moyennant une rémunération forfaitaire que « *lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus des sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat* ».

⁶⁶³. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1999, 7^{ème} éd., spéc. p. 217.

⁶⁶⁴. Ph. DELEBECQUE, *Rép. Defrénois*, 1996, p. 1374.

pas la création d'effets de droit contraires aux différents intérêts en jeu. À côté de la possible immixtion judiciaire dans le contrat, n'est-ce pas également en effet la voie empruntée par le législateur par l'effet de la généralisation législative du principe de bonne foi⁶⁶⁵ à l'ensemble du processus contractuel ou encore de celle des diverses exigences imposées au titre de l'information de la partie faible ? Il semble bien qu'une réponse positive puisse légitimement emporter la conviction de tout observateur.

2. *Le volontarisme social*

197. Même si une certaine distance perdure encore entre la thèse du volontarisme social et l'état du droit positif (2-1), la pertinence de sa théorisation mérite cependant d'être relevée. (2-2)

2-1. *La théorisation du volontarisme social*

198. Le réalisme pratique de la thèse du volontarisme social. À côté du solidarisme contractuel, une autre approche doctrinale, pourtant sensiblement distante du volontarisme juridique, s'est donc développée autour du critère central de l'accord des volontés : le volontarisme social⁶⁶⁶. Là où les autres thèses pèchent par leur abstraction, cette approche s'illustre par son profond réalisme puisqu'elle part du constat de la réalité pratique contemporaine pour ensuite en déduire les principes théoriques susceptibles de régir cette même réalité.

Cette approche est caractéristique d'un volontarisme dilué, la liberté contractuelle demeurant le principe, mais la loi pouvant néanmoins la limiter pour assurer la justice contractuelle qui ne peut, dans certaines hypothèses, se réaliser par le simple jeu des volontés. Dans une telle perspective, la volonté ne saurait être entendue comme « *un pouvoir créateur de*

⁶⁶⁵. La bonne foi est parfois perçue comme « *le symbole du solidarisme* » : M. MEKKI Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, préc., spéc. n° 14.

⁶⁶⁶. É. SAVAUX *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Thèse préc., n° 120, p. 97, considérant que cette forme nouvelle du volontarisme expliquerait la « *limitation naturelle de la liberté de chaque contractant par l'intérêt général et par la considération des intérêts légitime de l'autre partie* ». – Adde, J ; -L. AUBERT, *Le contrat, Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p. 28, où l'auteur soutient que si la volonté individuelle demeure le fondement de la force obligatoire du contrat, elle doit néanmoins « *respecter les conditions auxquelles la loi subordonne son efficacité juridique [...]* ». ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, 9^{ème} éd., Ed. Armand Colin, 2000, n° 120, p. 79.

droit à la fois autonome et initial ; elle ne peut être qu'un pouvoir délégué et, comme tel, réglementé »⁶⁶⁷. C'est ainsi une conciliation entre la volonté et les nécessités sociales qui s'opère tout au long du processus contractuel. Or, une telle acception recouvre une certaine justesse en se détachant d'une approche strictement subjective de l'acte contractuel.

2-2. La traduction du volontarisme social en droit positif

199. L'application au droit des personnes. Une telle approche, à s'en tenir à l'étude du phénomène de contractualisation en droit des personnes, semble trouver un écho favorable. Plus précisément, le volontarisme se retrouverait dans l'expansion même de la rhétorique contractuelle à ce champ disciplinaire, alors que son aspect social serait illustré par les nombreuses dispositions impératives tempérant la liberté contractuelle, particulièrement au nom de la protection de l'intérêt général, ou celui particulier des contractants faibles. Il est vrai que la marque de l'ordre public est en ce domaine toujours particulièrement prégnante, et que les intérêts légitimes des contractants appellent, sans doute plus qu'ailleurs encore, une certaine bienveillance hétéronome. Néanmoins, certaines réticences demeurent quant à la reconnaissance formelle de cette idée doctrinale puisque certains aspects du droit positif conduisent à l'interrogation de sa pertinence. C'est ainsi que, tout comme celle volontariste assise sur le principe de l'autonomie de la volonté, elle implique notamment que l'intangibilité du contrat soit préservée. Or, si l'on veut strictement se conformer au droit positif, il convient d'affiner encore davantage cette orientation d'un volontarisme dilué, puisque la réforme nouvellement adoptée du droit des obligations, consacre justement la révision du contrat pour imprévision. Dans la même perspective, il n'est pas rare que le juge puisse, s'agissant des conventions en droit des personnes, venir écarter une clause contraire aux intérêts supérieurs du contractant faible, ou en modérer les effets notamment grâce aux mécanismes de la lésion et de la réduction des actes excessifs. Au-delà, n'est-ce pas aussi l'expression même de « volontarisme social » qui se prête mal à une description fidèle de la réalité du droit positif ? Plus précisément, le terme « social » renvoie à la nécessité que la liberté naturelle des contractants soit astreinte au respect de l'intérêt général et des intérêts particuliers légitimes des contractants. Mais est-ce réellement une hérésie que de supposer qu'une telle conformité puisse en certains cas se réaliser par le simple jeu des volontés, même si à l'évidence de telles

⁶⁶⁷. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique, ibid*, selon lesquels l'étendue de la liberté contractuelle dépend étroitement des nécessités sociales.

hypothèses sont guères fréquentes en droit des personnes ? Sans doute faut-il se garder de tout angélisme aveugle, mais l'optimum contractuel peut bien souvent naître du seul échange des consentements. Aussi le terme social ne reflète-t-il pas suffisamment l'enchevêtrement de la norme prescrite et de celle consentie.

B. Les approches substitutives favorisant un élément extérieur à la volonté contractuelle

200. Dualité de thèses. Contrairement aux thèses développées précédemment, d'autres approches dénotent par leur singularité : la fondation de la force obligatoire du contrat sur un élément extérieur à la volonté des parties. Selon celles-ci, le contrat n'est pas que pure subjectivité. Pour s'en assurer, la simple lecture de la formule de l'article 1103 suffit⁶⁶⁸. N'est-il en effet pas éclairant de constater que seules les conventions légalement formées reçoivent force exécutoire ? Assurément si. L'apport de l'école normativiste est sur ce point révélateur (1), comme l'est par ailleurs la thèse de l'utile et du juste proposée par le Professeur Jacques Ghestin. (2)

1. L'approche normativiste du contrat

201. Le respect de la hiérarchie des normes. L'école normativiste enseigne traditionnellement que « *l'ordonnancement juridique tout entier, y compris les droits subjectifs, procède de la règle objective* »⁶⁶⁹, de sorte que le contrat tirerait sa force de la loi. S'appuyant notamment sur une analyse littérale de l'article 1134 ancien du Code civil, l'apport normativiste, et notamment les travaux de Kelsen, constituent un détour inévitable dans un effort de démonstration de la fausseté du principe de l'autonomie de la volonté pris en son sens commun et son dépassement. C'est ainsi que selon cet auteur, maître à penser du positivisme

⁶⁶⁸. Cette disposition reprend les termes de l'ancien article 1134, si ce n'est qu'est substitué au terme « conventions », celui de contrat. Il convient de relever que l'ambivalence de cette formule est particulièrement notable dans les écrits juridiques, certains auteurs y décelant une manifestation essentielle de l'autonomie de la volonté, tandis que d'autres le présentent comme étant parfaitement antagonique à celle-ci. Sur les différentes interprétations de l'article 1134 ancien du Code civil, v° notamment Ch. JAMIN, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, *D.* 2002, chron. 901. - *Comp.* CHAZAL, De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil, *RTD civ.* 2001, 265.

⁶⁶⁹. Cl. BRENNER, L'acte juridique, *Rép. de droit civil*, préc., spéc. n° 65.

moderne⁶⁷⁰, le contrat « *tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner* »⁶⁷¹. Selon cette approche, les conventions seraient en quelque sorte érigées en loi par le droit objectif,⁶⁷² d'aucuns considérant ainsi que le contrat se voit donner force par la société⁶⁷³. Dès lors, le contrat, tout comme la convention, apparaissent comme des « *accords de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* »⁶⁷⁴. Cette approche peut emporter, à première vue, une certaine conviction, de sorte qu'il semble superfétatoire « *de rechercher si c'est la volonté ou si c'est la loi qui donne sa force au contrat, en effet c'est toujours la loi qui en dernier ressort donne un pouvoir ou enlève un pouvoir à la volonté* »⁶⁷⁵. S'inscrivant ainsi dans le sillage positiviste, différents auteurs ont, à l'occasion de l'étude du concept contractuel, opté pour une remise en cause de sa conception classique fondée sur la volonté. C'est ainsi qu'adoptant une approche en termes d'intérêts, Georges Rouhette définit le contrat comme « *un acte productif de normes bilatérales liant deux centres d'intérêt* »⁶⁷⁶. Autrement dit, la volonté n'oblige plus en tant que telle, mais en raison de la sanction étatique de la norme qui en résulte, le droit objectif favorisant alors l'intérêt des sujets⁶⁷⁷. Le Professeur Rouhette s'est de la sorte dressé à l'encontre de l'hypothèse selon laquelle l'autonomie de la volonté serait le fondement unique de la force obligatoire des contrats, celle-ci devant selon lui être limitée à la dogmatique juridique puisqu'elle se perçoit bien plus comme « *une superstructure théorique s'ajoutant à un droit positif qui peut parfaitement se concevoir sans elle* »⁶⁷⁸. Pour l'auteur spécialement, la volonté, qu'elle soit visée à titre de qualification de l'acte, ou qu'elle soit entendue comme le fondement

⁶⁷⁰. Le positivisme juridique conteste l'existence de droits naturels de l'homme, autrement dit de droits qui résulteraient de l'ordre du cosmos ou de la nature humaine. Cette école juridique s'oppose à celle du droit naturel classique construite notamment à partir des écrits d'Aristote et poursuivie ensuite par celle du droit naturel moderne dont les œuvres de Rousseau et de Locke ont sensiblement participé à son développement. V° notamment sur ces différentes approches, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey, 8^{ème} éd., 2008, pp. 21-22.

⁶⁷¹. J. GHESTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, préc., n° 13, p. 89.

⁶⁷². « *La loi sanctionne les conventions ; elle leur prête toute sa force ; en un mot, elle les érige en lois, comme le dit énergiquement l'article 1134* » : Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. VI, Paris, 1821, n° 191.

⁶⁷³. G. DAVY, Théorie juridique de la convention, *Arch. Phil. Du Droit*, 1940, p. 33 et s.

⁶⁷⁴. J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1992, chron., p. 1 et s., spéc. n° 5, p. 3.

⁶⁷⁵. G. ROUHETTE, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in *Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 247 et s., spéc. n° 162.

⁶⁷⁶. V° sur ce point, J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, préc., n° 32, p. 42. L'auteur nous indique que cette thèse de l'intérêt a ensuite trouvé écho dans les travaux de M. Martin de la Moutte.

⁶⁷⁷. V° en ce sens, J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷⁸. É. SAVAUX, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité, art. préc., n° 213, p. 174.

de la force obligatoire, n'a jamais joué le rôle que les partisans de l'approche autonomiste semblent pourtant lui avoir accordé. « *Jamais la volonté, sauf dans des « systèmes », n'a directement et sans intermédiaire imposé sa force, elle ne l'a fait qu'en se combinant étroitement avec les structures objectives du milieu dans lequel elle agit* »⁶⁷⁹.

202. La transcription au droit des personnes. À regarder de près le régime contractuel de droit commun contemporain, l'approche normativiste semble y trouver un écho retentissant et paraît plus que jamais, à l'aune de l'extension effrénée du contrat, notamment au droit des personnes, être légitimée. Il n'est en effet pas douteux que les volontés contractuelles n'ont jamais été détachées de toute objectivité, puisqu'à minima ont-elles toujours été encadrées par l'ordre public de direction. En outre, le contrat n'est pas obligatoire seulement en ce que les parties ont souhaité, par leur accord, lui conférer une telle force, mais bien avant tout parce que le droit objectif le permet. Si certaines craintes, au demeurant à première vue légitimes, émergent sous la plume de certains auteurs considérant qu'une telle acception ouvre la voie au législateur à toute modification du contrat, puisque celui-ci ne serait alors qu'une simple norme inférieure pouvant *de facto* être modifiée par une norme supérieure⁶⁸⁰, il a en revanche été démontré que l'idée de volontés autonomes, détachées de tout élément objectif, n'était aujourd'hui plus soutenable, à tout le moins dans les contrats déséquilibrés. Sans prôner un asservissement excessif de ces dernières au droit objectif, il est indéniable en revanche que le contrat ne doit jamais permettre l'exploitation de l'état de vulnérabilité d'un contractant faible par un partenaire contractuel qui userait et abuserait de sa supériorité conventionnelle. En somme, le contrat tire sa force obligatoire de sa conformité à la loi puisque seule cette dernière est à-même d'assurer un déploiement des volontés contractuelles conforme tant aux intérêts des contractants, qu'à l'intérêt général de la société. Sans doute cette dernière explication permet-elle de combler la principale lacune du normativisme qui ne renseigne nullement sur l'origine du caractère contraignant de l'acte. Plus précisément, si cette théorie explique le contrat d'un point de vue du normativisme dynamique en ce que les volontés ne peuvent créer une norme qu'en se conformant à la procédure prescrite par une norme de rang supérieur, elle n'en permet en revanche pas l'explication d'un point de vue statique en ce qu'elle ne reflète pas la nécessaire conformité du contrat à l'intérêt général et aux intérêts légitimes des contractants. C'est en revanche ce à quoi parvient la théorie de l'utile et du juste.

⁶⁷⁹. J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁸⁰. V° en ce sens, J.-J. NEUER, Le contrat-institution, *LPA*, 19-06.1995, n°73, p. 4, spéc. n° 25.

2. L'utile et le juste

203. La conceptualisation de l'approche. Certains auteurs ont ainsi tenté de justifier ce qui pouvait légitimer que le contrat soit obligatoire. C'est ainsi que Jacques Ghestin, même s'il n'évince cependant pas totalement le rôle de la volonté, s'est détaché de la définition subjective de celle-ci, pour ne voir en l'accord des volontés qu'une procédure particulière de création de règles juridiques⁶⁸¹. Ainsi reclassé au simple rang de « *norme technique et utilitaire* »⁶⁸², l'accord des volontés n'apparaît dès lors plus comme le fondement de la force obligatoire du contrat, laissant ainsi le champ ouvert à des critères de substitution. La recherche de ceux-ci a conduit l'auteur à développer les idées de l'utile et du juste. Selon cette autre approche, le contrat n'obligerait les parties qu'en tant « *qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste* »⁶⁸³. C'est ainsi qu'alors que « *les juristes veulent pouvoir dire : cela est juste parce que cela a été voulu. Il faut désormais que l'on dise : cela doit être voulu, parce que cela est juste* »⁶⁸⁴. Renvoyant ainsi implicitement à l'antériorité et à la supériorité du droit objectif, la substitution de l'utile et du juste à l'autonomie de la volonté⁶⁸⁵ traduit le fait suivant lequel le contrat n'est plus « *la chose exclusive des parties* »⁶⁸⁶.

204. L'antériorité de l'approche. Cette mise en avant d'éléments subjectifs⁶⁸⁷ comme fondements de la force obligatoire du contrat⁶⁸⁸ avait déjà été évoquée par Gounot dans sa thèse qui, en dépit de sa relative ancienneté, demeure toujours un passage obligé pour tout juriste qui entreprend de se confronter à la notion de contrat. « *Vainement donc on chercherait dans la notion de volonté libre le fondement du contrat. Il faut absolument faire intervenir l'idée d'une*

⁶⁸¹. J. GHESTIN, La notion de contrat, *D.* 1990, chon. 147, p. 150.

⁶⁸². V. GAUTRAIS, Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés, *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 168.

⁶⁸³. J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982, chron. p. 1.

⁶⁸⁴. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, art. 141, n° 60, cité par A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 19, 1961, p. 554.

⁶⁸⁵. J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *APD* 1981, t. 26, pp. 35- 57.

⁶⁸⁶. J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 219, p. 215.

⁶⁸⁷. V. GAUTRAIS, Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁸⁸. Certains auteurs ont néanmoins contesté la mise « en concurrence » de ces deux notions. V° M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, coll. Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1969, p. 30 ; V. GAUTRAIS, Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés, *ibid.*

nécessité sociale objective ou quelque principe supérieur de justice (...) »⁶⁸⁹. C'est ainsi que seul un accord de volontés conforme au bien commun peut recevoir force obligatoire. Or, seul un contrat « juste » et « utile » peut emporter la satisfaction « des besoins légitimes de chacun et de tous »⁶⁹⁰. Ainsi considérée la nécessaire utilité de l'acte, outre un intérêt individuel pour les parties, le contrat doit aussi servir un intérêt collectif.

205. La transcription au droit des personnes. Appliquée au droit des personnes, cette conception nouvelle emporte justification de la validité de différents accords de volontés, tels notamment l'ensemble des actes portant sur les produits ou éléments du corps humain, ou encore les expériences portant sur la personne humaine. Quant à la justice contractuelle, elle renvoie plus précisément à une justice commutative ou correctrice, justifiant ainsi les multiples immixtions hétéronomes destinées à pallier le déséquilibre structurel du contrat. Pourtant, en droit des personnes, un objectif supplémentaire préside une telle interférence objective : la protection de la dignité de la personne humaine, comme en atteste notamment les différents impératifs entourant les actes portant sur le corps humain, à l'instar par exemple du principe de gratuité⁶⁹¹ ou encore celui d'anonymat entourant le don d'éléments ou de produits. Sont ainsi notamment légitimées les différentes entorses à la force obligatoire ou à l'immutabilité du contrat, que le droit commun, assis sur le principe d'autonomie de la volonté, n'aurait permis de tolérer. Ce sont dès lors « *les obligations greffées au contrat* »⁶⁹² par le juge ou par la loi, telle l'obligation d'information ou encore celle de conseil, qui trouvent notamment justification.

206. La critique de l'approche. Mais si les principes d'utilité et de justice qui gouvernent ces différentes règles hétéronomes encadrent l'expression de la volonté⁶⁹³, ils ne sauraient toutefois être à eux-seuls le fondement même de la force obligatoire, à tout le moins s'agissant de l'utilité dès lors qu'un contrat parfaitement inutile peut néanmoins prospérer dès lors qu'il respecte les exigences légales. En outre la justice renvoie à la justice commutative,

⁶⁸⁹. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse dactyl. Dijon, préc., p. 346.

⁶⁹⁰. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. op. cit., p. 370.

⁶⁹¹. Pour une analyse de ce principe, v° notamment, A.- B. CAIRE, *Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain*, *RDSS* 2015. 865.

⁶⁹². C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD. civ.* 1997. 357, art. préc. n°13.

⁶⁹³. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, 5^{ème} éd., 1991, n° 126, p. 89 ; É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, préc., n°236, p. 189 ; Pour une autre critique de l'approche de Jacques Ghestin, v° notamment N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 199, 1988, préc., n° 282 et s.

mais ne reflète pas nécessairement la soumission de l'accord au halo hétéronome, à tout le moins pas dans son ensemble. Plus précisément, le principe de justice ne réfère-t-il qu'à la seule portion afférente à l'équilibre de la relation et sa conformité aux intérêts légitimes des parties, mais il occulte en revanche sa nécessaire soumission au respect de l'intérêt général. En somme, si les principes d'utilité et de justice participent à légitimer les exigences d'équilibre, de fraternité⁶⁹⁴, ou à tout le moins de collaboration⁶⁹⁵ telles qu'insufflées par l'évolution jurisprudentielle, ils sont en revanche insuffisants à justifier à eux seuls la force obligatoire. Il est vrai qu'ils ne sont que les « fondements objectifs » du caractère contraignant de l'acte, mais n'expliquent pas comment l'acte acquiert une telle force. Aussi convient-il de ne pas occulter que pour ce faire, le contrat doit en outre être intégré dans le système juridique⁶⁹⁶.

§ II. LE PRINCIPE DE L'HÉTÉRONOMIE DE LA VOLONTÉ

207. La nécessité d'un critère nouveau. Sans abdiquer la portée normative du droit, il semble bien que c'est à un critère s'opposant à l'individualisme, voire l'égoïsme de l'autonomie de la volonté qu'il convient d'aboutir. Celui-ci doit conduire à révéler ce qui fait l'essence du contrat, et en conséquence, ce qui lui permet de devenir juridiquement contraignant. À l'évidence, la volonté ne peut être occultée de ce processus, sauf à dénier la spécificité première des contrats, à savoir l'accord des volontés. En revanche, il est impératif de révéler leur absence de souveraineté et leur nécessaire inscription dans un cadre objectif, plus ou moins prégnant selon les hypothèses conventionnelles en cause. En somme, si le contrat est bel et bien l'acte de volonté par excellence, son déploiement dans un contexte social donné le soumet nécessairement à une ambivalence structurelle (A) dont les effets bénéfiques pour les contractants vulnérables ne peuvent être ignorés et doivent conduire à une analyse renouvelée de la dialectique volonté-éléments objectifs au sein de l'acte contractuel (B).

⁶⁹⁴. Sur ces trois principes, v° C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 27 et s.

⁶⁹⁵. J. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, *RTD civ.*, 1986. 101 et s.

⁶⁹⁶. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, T. I, *Le contrat – Le consentement*, *Traité de droit civil*, LGDJ, 2013, n° 175.

A. L'ambivalence structurelle du contrat

208. Motifs. Refouler le principe de l'autonomie de la volonté ne signifie nullement que la volonté ne fait plus partie de l'essence contractuelle, mais plus simplement qu'elle ne peut être qu'un pouvoir délégué et encadré. Dans une telle perspective, et à l'instar des approches volontaristes, il n'apparaît pas incongru de considérer que le critère central du contrat demeure bien l'accord des volontés. (1) Mais puisqu'il se trouve nécessairement asservi au respect de certaines considérations supérieures, existe alors aux côtes de ce versant subjectif, un aspect objectif qui participe également, à des degrés divers, de l'architecture contractuelle. (2)

1. La volonté : critère subjectif du contrat

209. L'accord des volontés. S'il apparaît « *plus facile de dire ce qui n'est pas un contrat que de définir ce qui en est un* »⁶⁹⁷, une évidence demeure cependant : la nécessité d'une rencontre des volontés des contractants pour former l'acte. L'accord des volontés ne saurait donc être ignoré ; bien au contraire, il doit même conserver une place de choix dans le mécanisme contractuel « *à raison de sa propre utilité sociale* »⁶⁹⁸. Celle-ci se traduit essentiellement par le respect de la parole donnée⁶⁹⁹. Sans doute en effet un acte voulu doit-il recevoir une exécution effective, tandis que celui imposé tend à être plus difficilement respecté par ses destinataires⁷⁰⁰. Nul besoin de rappeler ici l'hypothèse des contrats pédagogiques, comme peut l'être la conclusion d'une mesure d'accompagnement social personnalisé, pour garder en mémoire l'efficacité dont jouit le consentement. Aussi, si les parties sont liées par le contrat, c'est avant tout parce qu'elles l'ont souhaité en échangeant leurs volontés. En somme, même si ces dernières ne sont pas seules à constituer l'ossature du contrat, sans volonté, pas de contrat. Si le volontarisme juridique, reposant sur l'artifice de l'autonomie de la volonté semble ici retrouver tout son sens, une certaine distance doit néanmoins être instituée avec celui-ci, puisqu'il a été démontré que la volonté contractuelle ne saurait être, en toutes hypothèses, pleinement souveraine et autonome. Sans doute ici l'analyse se rapproche-t-elle du solidarisme

⁶⁹⁷. M. S. ZAKI, Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre, *RID comp.*, 1986, n° 99, p. 1079.

⁶⁹⁸. J. GHESTIN, La notion de contrat, *D.* 1990, chon. 147, préc., p. 150.

⁶⁹⁹. J. GHESTIN, *ibid.*

⁷⁰⁰. Là réside par ailleurs l'une des clés du phénomène de contractualisation du droit, et plus précisément, de l'extension d'une rhétorique contractuelle à des champs disciplinaires traditionnellement soustraits de l'emprise des volontés individuelles.

social, mais peut-être encore bien plus du volontarisme social, de sorte que si le consentement apparaît nécessaire à former l'acte, sa conformité au bien commun l'est tout autant, la volonté ressortant ainsi bien moins « *comme une fin en soi, mais comme un moyen, un instrument au service d'un droit contractuel animé de valeurs supérieures* »⁷⁰¹. Autrement dit, seule « *une fiction de volonté* » sans cesse rendue « *constante, cohérente, harmonisée à la raison telle que la loi se la représente ; une volonté surveillée par la loi* »⁷⁰² peut fonder la force obligatoire du contrat ; jamais une volonté pure ne peut le permettre. Entendue ainsi, c'est bien le principe de « *l'hétéronomie de la volonté* »⁷⁰³ qui semble s'affirmer inéluctablement sur le droit positif des contrats. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté ne résiste plus à la critique, puisque « *seule la volonté jouissant d'un pouvoir créateur d'obligation souverain, indépendant, peut être qualifiée autonome* »⁷⁰⁴. Or, la volonté contractuelle est tout le contraire : elle est certes un pouvoir créateur d'effets de droit, mais elle demeure encadrée par le droit objectif, et plus ou moins orientée par les exigences du contexte social dans lequel elle se déploie.

2. L'existence connexe de critères directeurs objectifs

210. La subordination des volontés aux règles objectives. Il est indéniable que les volontés ne peuvent se déployer que dans les limites du droit objectif, et sous couvert de l'autorisation de celui-ci, comme cela a été démontré par l'école normativiste. Par exemple, là où la loi permet que soient conclues des conventions relativement à la réalité charnelle de la personne, c'est bien elle qui en est le fait justificatif, et non les seules volontés des contractants, même si elles participent à l'évidence à lui donner corps, puisque sans elles, aucune atteinte à l'intégrité charnelle de la personne ne pourrait prospérer conformément au principe d'inviolabilité du corps. Aussi le droit objectif préexiste-t-il au droit subjectif, et coexiste inlassablement avec lui.

Aussi, si le contrat est certes un acte subjectif, il s'inscrit cependant nécessairement dans un contexte positif, de sorte qu'il doit respecter certaines valeurs caractéristiques de ce dernier,

⁷⁰¹. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, art. préc., n° 23.

⁷⁰². M. VILLEY, Essor et décadence du volontarisme juridique, *Arch. phil. du dr.*, 1957, p. 94.

⁷⁰³. L'expression est empruntée à Nicolas COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Thèse dactyl., 1931, cité par Fr. CHÉNEDÉ, De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité, préc., spéc. note 32.

⁷⁰⁴. É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, Thèse préc., n° 245, p. 194.

en se conformant aux prescriptions objectives qui permettent d'aboutir à cet optimum⁷⁰⁵, lesquelles ont trait tant à la formation de l'acte (2-1) qu'à ses effets (2-2).

2-1. L'encadrement objectif de la formation du contrat.

211. Diptyque. La réforme du droit des obligations a pris grand soin de veiller à l'encadrement, quasiment absent des anciennes dispositions du code civil, du processus de formation du contrat. À l'heure où les relations contractuelles déséquilibrées foisonnent, une attention toute particulière devait être portée à l'échange des consentements des contractants afin que les intérêts légitimes des contractants faibles ainsi que l'intérêt général de la société ne soient jamais obérés. Un premier pas a ainsi été franchi avec la consécration législative de l'exigence de bonne foi⁷⁰⁶ au stade de la période précontractuelle (a), même si la liberté contractuelle a été expressément consacrée (b).

a. L'exigence de bonne foi⁷⁰⁷ des contractants.

212. La fonction du principe de bonne foi. Alors qu'antérieurement le législateur refusait d'étendre le principe de bonne foi en dehors de tout lien contractuel, l'ordonnance du 10 février 2016 est venue rompre avec cette tradition en consacrant expressément son extension⁷⁰⁸ au stade de la période précontractuelle⁷⁰⁹. Participant lors de la formation du

⁷⁰⁵. V° dans un sens similaire, J.-L. AUBERT, *Droit des obligations, Le contrat*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, spéc. p. 28.

⁷⁰⁶. Sur les critiques émises quant à l'introduction de ce principe dans le Code civil, v° notamment, M. MEKKI, La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentines, Journées Nationales de l'Association Henri CAPITANT*, Savoie, Dalloz, Tome XIX, 2015.

⁷⁰⁷. Sur le rôle de la bonne foi en droit des contrats, v° S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012.

⁷⁰⁸. L'obligation de bonne foi se distingue du devoir général d'honnêteté, lequel demeure sanctionné par le vice de dol. V° en ce sens, Cass. com. 28 juin 2005, *Bull.* IV, n° 140. Il résulte du dispositif de cette affaire que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information ... ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ».

⁷⁰⁹. V° art. 1104 du Code civil, selon lequel « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. » Successeur du fameux article 1134, il fait de la bonne foi un principe directeur du droit des obligations, contribuant à le teinter sensiblement d'une coloration solidariste. Sur cette évolution, v° notamment J. MESTRE, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations*, *Rev. Lamy Dr. Civ.*, 2016. 136 ; D. MAZEAUD, *Droit des contrats : réforme à l'horizon !*, *D.* 2014. 291, spéc. n° 16 ; M. MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du*

contrat⁷¹⁰ à l'équilibre entre la liberté et la sécurité contractuelle, le devoir de bonne foi⁷¹¹ vise à garantir un consentement éclairé des contractants. Outre la loyauté des parties attendue, est déduite de ce principe l'existence d'un devoir général d'information⁷¹². Symptomatique du principe de l'hétéronomie de la volonté et prévu à l'article 1112-1 du Code civil⁷¹³, celui-ci participe néanmoins à ces deux objectifs avoués que sont la sécurité contractuelle et la liberté. Il participe du premier d'entre eux en renforçant le consentement éclairé des parties⁷¹⁴, en leur offrant la possibilité de prendre la mesure exacte de leur engagement. Le contractant souffrant d'un défaut de connaissances se voit ainsi offrir la possibilité d'obtenir toutes les informations légitimes auxquelles il peut prétendre, de sorte qu'un rééquilibrage de l'accord en résulte nécessairement. Ainsi assurée la sécurité juridique, c'est au-delà la liberté qui en sort renforcée par la promotion de ce principe au stade précontractuel⁷¹⁵. En effet, comment ne pas voir les vicissitudes d'un consentement insuffisamment éclairé ? Une telle hypothèse ne contribue-t-elle pas à ruiner la liberté contractuelle ? Assurément si, puisque un consentement tronqué ne saurait être considéré comme libre, et sera vraisemblablement bien moins suivi d'effets.

213. La tempérance de l'utilité de la bonne foi. Mais cette consécration nouvelle ne recèle-t-elle pas une part d'ombre ? La consécration législative d'une telle notion floue dans le régime général du contrat semble en effet pouvoir emporter une délégation de pouvoir normatif

droit des obligations, *D.* 2015. 816 ; H. BARBIER, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD civ.* 2016. 247.

Adde sur la notion de principe général du droit, M. DE BECHILLON, *La notion de principe général de droit privé*, PUAM, 1998 ; D. BUREAU, L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, N. MOLFESSIS (dir.), Economica, 2004, p. 141.

⁷¹⁰. Au cours de l'exécution du contrat, l'équilibre est principalement assuré par le principe de proportionnalité, même si celui-ci n'est pas affirmé expressément.

⁷¹¹. En raison de la consécration de la bonne foi au stade de la période précontractuelle, il semble désormais préférable de parler de « devoir » de bonne foi, plutôt que d'obligation, cette dernière étant strictement limitée à l'existence d'un lien contractuel. *V°* sur ce point, M. MEKKI, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *D.* 2015. 816, spéc. n°44.

⁷¹². Avant la réforme, seuls certains contractants étaient tenus de cette obligation. Depuis, il existe un véritable devoir de se renseigner puisqu'un contractant qui est réputé connaître une information doit la fournir, et ce même si in fine celui-ci ne l'a détient pas effectivement.

⁷¹³. Au stade des négociations, « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Sur la consécration de ce devoir, *v°* notamment, M. MEKKI, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *D.* 2016. 494, spéc. n° 12.

⁷¹⁴. Avant la réforme du 10 février 2016, l'article 1108 ancien du Code civil exigeait simplement un consentement non vicié.

⁷¹⁵. « Les devoirs qui gouvernent le comportement contractuel ne sont destinés qu'à garantir ce sanctuaire de la liberté contractuelle » : L. AYNÈS, Vers une déontologie du contrat ?, art. préc., spéc. n°24.

en faveur des juges⁷¹⁶, la crainte inhérente à l'interprétation judiciaire ne pouvant être ici que relayée. Pourtant, il est manifeste qu'un tel devoir participe à la protection des intérêts catégoriels des contractants vulnérables. Et puisque le droit des contrats ne doit jamais devenir un lieu d'abus de la faiblesse d'une partie, sans doute la consécration d'une exigence générale de bonne foi était-elle nécessaire pour pallier de telles hypothèses, et ce à travers le prisme des deux fonctions principales qui lui sont inhérentes. La première, d'ordre « *technique* », consiste en effet en la fourniture d'une grille de lecture pour le juge, lequel pourra user de son pouvoir d'interprétation à l'aune de ce principe pour corriger la loi ou en compléter le silence⁷¹⁷. Quant à la seconde, d'ordre « *axiologique* »⁷¹⁸, elle reflète les couleurs du pavillon contractuel devant guider la conduite des contractants.

b. La consécration du principe de liberté contractuelle

214. L'étendue de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle, en dépit des nombreuses atteintes qu'elle subit fréquemment, a été expressément consacrée⁷¹⁹ par l'ordonnance de février 2016, et introduite dans le Code civil à l'article 1102⁷²⁰. Fruit d'une inspiration néolibérale et individualiste du contrat, elle s'entend de la faculté de s'engager ou non, de choisir son cocontractant, mais également de déterminer librement le contenu et la forme de l'accord⁷²¹. Entendue ainsi, il semblerait, à première vue, que la vitalité du principe de l'autonomie de la volonté ait été revigorée. Pourtant, à y regarder de plus près, de

⁷¹⁶. V. FORTIER, La fonction normative des notions floues, *RRJ* 1991.755, 756 et 757.

⁷¹⁷. M. MEKKI, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *op. cit.*, spéc. n° 21.

⁷¹⁸. M. MEKKI, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *ibid.* L'auteur reconnaît cependant une troisième fonction à la consécration expresse de ces principes généraux. Celle-ci est d'ordre stratégique et contribue à faciliter la diffusion du modèle contractuel français à l'étranger dans le cadre du processus d'harmonisation du droit européen des contrats. V° spéc. n° 23.

⁷¹⁹. La liberté contractuelle avait trouvé grâce aux yeux du Conseil constitutionnel lequel l'a érigée en principe à valeur constitutionnelle. V° Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013- 672 DC, Loi sur la sécurisation de l'emploi, JO 16 juin, p. 9958 ; *D.* 2014. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *Dr. soc.*, 2013. 673, étude J. BARTHÉLÉMY, 680, étude D. ROUSSEAU et D. RIGAUD, 2014. 464, chron. S. HENNION, M. DEL SOL, P. PIERRE et M. HALLOPEAU ; *RTD civ.* 2013. 832, obs. H. BARBIER ; *JCP* 2013. 929, note J. GHESTIN, et 974, note M. MEKKI.

⁷²⁰. Sur l'opportunité du principe, M. MEKKI, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *op. cit.*, spéc. n° 28.

⁷²¹. Le principe du consensualisme est en effet affirmé expressément à l'article 1172 du Code civil.

nombreuses bornes objectives viennent encadrer cette liberté, lesquelles viennent conforter l'acception selon laquelle la liberté contractuelle n'est pas pleinement autonome et souveraine, mais s'inscrit nécessairement dans un cadre objectif, a minima constitué des dispositions de l'article 6 du code civil. C'est ainsi tout d'abord la liberté de détermination du contenu de l'acte qui se trouve délimitée en droit des personnes par diverses bornes impératives lesquelles, outre celle naturelle de l'ordre public⁷²², peuvent dans certaines hypothèses, venir justement réduire cette faculté, voire l'annihiler. On ne décompte plus en effet les contrats soumis à des statuts impératifs dans lesquels cette liberté s'avère parfaitement illusoire. À titre d'exemple, nul ne contestera qu'une personne qui prête son corps à une expérience biomédicale ne dispose d'aucune faculté de détermination du contenu de la relation, celle-ci étant déterminée de manière strictement hétéronome. Il semble bien qu'il en soit de même pour les différents accords de volontés portant sur le corps humain de la personne, ou plus spécifiquement, sur l'un de ses attributs ou éléments. Mais ne ressort de la formulation de ces limites objectives que la transcription de la teneur de l'article 1103 du code civil, et plus précisément, de la référence aux contrats « *légalement formés* », renvoyant à l'idée de juste mesure des volontés. Sans doute en effet l'exigence d'un contenu licite et de l'absence de contrariété du but aux règles qui intéressent l'ordre public doivent-elles également s'interpréter en ce sens. En somme, trouvent ici justification les différentes règles objectives limitant le libre jeu des volontés lorsqu'est notamment en jeu l'intégrité physique ou morale du contractant, son essence même de personne humaine, et partant, sa dignité. N'est-ce pas d'ailleurs l'objectif auquel concourent les principes de gratuité, d'anonymat, de périodicité, ou encore l'illicéité de certaines clauses qui auraient pour effet d'obérer ces impérieuses exigences ?

Quant à la liberté de forme, elle n'est également bien souvent que résiduelle en droit des personnes puisque certaines formalités ou solennités sont prescrites *ad validatem* ou *ad probationem*. Mais puisque le Code civil reconnaît expressément l'existence de contrats solennels⁷²³ il n'y a rien ici qui puisse exclure la qualification contractuelle. En somme, rappelons-le, la liberté contractuelle est la faculté d'entrer en relation et d'en déterminer le contenu et la forme dans les limites astreintes par le droit objectif.

⁷²². Le nouvel article 1102, s'il consacre la liberté contractuelle, la tempère néanmoins immédiatement en précisant qu'elle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. À la lecture de cette disposition, une évolution dénote : celle de l'abandon de la référence aux bonnes mœurs, cette dernière se trouvant ainsi diluée dans celle plus large d'ordre public. Aussi, « *L'ordre public s'oppose et doit s'imposer à l'exercice de la liberté contractuelle pour la contraindre* » : Ch. JAMIN, *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux*, in *Repenser le contrat*, préc., p. 179.

⁷²³. C. civ., art. 1109 al. 2.

2-2. L'encadrement objectif des effets du contrat.

215. Le rôle prégnant du pouvoir judiciaire. Si le législateur veille ainsi à l'encadrement de la rencontre des volontés en droit des personnes, et particulièrement lorsque la vulnérabilité de l'un des contractants l'exige, le voile institutionnel s'étend au déploiement des effets de l'acte afin que les différents intérêts en cause, tant ceux des parties, que ceux de la société, soient préservés. Trouvent ainsi justification les différentes immixtions judiciaires tendant à rééquilibrer le contrat, ou en purger l'illicéité. D'aucuns s'érigeront vraisemblablement contre une telle acception, y décelant une justification bien pernicieuse de l'imperium judiciaire, et sans doute ont-ils en partie raison d'émettre de telles réserves, au demeurant parfaitement légitimes. Mais une partie de ces détracteurs sont ceux-là même qui aiment à voir le contrat prospérer en des terres nouvelles. Or, pour ce faire, pour que le consensuel continue d'étendre le champ de ses conquêtes, il est indéniable que certains garde-fous doivent l'accompagner, et l'équilibre et la justice de la relation en constituent manifestement, lesquels en certaines hypothèses ne peuvent être assurés que par le prisme du pouvoir judiciaire. Ce n'est donc pas à un contrôle permanent de la jurisprudence qu'il convient d'aboutir, mais bien plutôt à sa bienveillance parcimonieuse lorsque les intérêts légitimes des contractants l'exigent.

Caractéristique d'une judiciarisation croissante du droit des contrats, cette délégation de pouvoir offre ainsi au juge une panoplie d'outils visant d'une part à rétablir l'équilibre contractuel qui pourrait être malmené, en témoigne notamment les diverses possibilités de réviser l'acte, d'en réduire le prix, ou encore de se livrer à un véritable contrôle de proportionnalité des prestations, et d'autre part, à sanctionner un acte, ou une clause contractuelle, dont les effets seraient contraires aux intérêts de l'un des contractants, ou à l'intérêt général.

En s'attachant ainsi aux intérêts légitimes, tant des parties que de la société, c'est une vision nouvelle de la force obligatoire qui se dessine. Le contrat apparaît en effet comme un acte formé par la rencontre des volontés libres et régulées de deux ou plusieurs personnes et emportant la production d'effets de droit conformes aux exigences objectives. Entendu ainsi, le contrat est obligatoire, non pas en raison du seul échange des consentements, mais bien lorsqu'il est suffisamment utile⁷²⁴ pour les contractants ou l'intérêt général, mais également lorsqu'il

⁷²⁴. Se référer à l'utilité du contrat permet plus particulièrement de légitimer les actes portant atteintes aux prérogatives extrapatrimoniales de la personne humaine. C'est ainsi que si le corps humain est indisponible et ne peut constituer à ce titre l'objet d'un contrat, certains accords demeurent néanmoins tolérés par le droit positif en

s'avère conforme, tant aux intérêts particuliers des parties⁷²⁵, qu'à ceux supérieurs de la collectivité. Bien évidemment un tel optimum ne peut-il être obtenu qu'en se détachant du principe de l'autonomie de la volonté entendu dans son acception la plus radicale, et consubstantiellement, en admettant que si la volonté contractuelle demeure de l'essence du contrat, elle ne peut produire d'effets que dans les seules limites dessinées par la loi et l'ordre public. Est ainsi justifié qu'en certaines hypothèses, et afin que le phénomène contractuel puisse prospérer hors de ses terres coutumières, l'institutionnel vienne encadrer significativement le déploiement des volontés contractuelles. Mais dès lors que l'on accepte de s'engager dans une telle voie, plus rien ne fait obstacle à ce que les conventions reçues par le droit des personnes soient attirées dans la sphère contractuelle.

B. Le renouvellement de la dialectique volonté-éléments objectifs dans le contrat

216. Perspectives. Admettre ainsi que le contrat comporte une nécessaire ambivalence structurelle, c'est convenir au-delà de l'interaction variable de l'autonomie et de l'hétéronomie au sein de l'acte contractuel (1), dont les apports pour ce dernier doivent être présentés (2).

1. L'interaction entre l'autonomie et l'hétéronomie.

217. La variabilité du degré d'interférence. Alors que vient d'être démontrée la nécessaire présence pour qu'il y ait contrat, au-delà de la seule rencontre des volontés, de « *règles sociales (...) qui, justement, sont les bases nécessaires au contrat* »⁷²⁶, c'est donc bien au-delà à une interaction permanente entre l'autonomie et l'hétéronomie, plus ou moins accentuée, qu'il convient de conclure⁷²⁷. Et ce degré d'interférence institutionnelle dans le

ce qu'ils recouvrent une utilité certaine, qu'elle soit individuelle ou collective. C'est ainsi que le droit positif donne force aux accords de volontés socialement utiles. V° sur ce point, J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁷²⁵. Se référer à la nécessaire conformité de l'acte aux intérêts légitimes des parties permet notamment que soient justifiées l'ensemble des obligations d'information, de conseil, ou encore de sécurité que reçoit le droit positif. À côté de ce volet positif de l'ordre public de protection, cohabite un versant négatif constitué de l'ensemble des prohibitions hétéronomes, telles l'impossibilité de vendre certains produits du corps humain, ou de les donner de manière trop fréquente.

⁷²⁶. A. SUPIOT, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, *Droit social* 2003, pp. 59- 71. L'auteur partage notamment ce point de vue avec Laurent RUET, *Du principe de rivalité*, *D.* 2002, pp. 3086- 3095.

⁷²⁷. Entendue ainsi, la force du contrat aurait pour assise une « *base à la fois individuelle et sociale* » : V° Cl. BRENNER, *L'acte juridique*, *Rép. de droit civil*, préc., spéc. n° 68, renvoyant à R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I., t. 1, 1923.

mécanisme contractuel dépend étroitement des intérêts en présence. Dans les contrats équilibrés, ne mettant en jeu aucun intérêt supérieur, individuel ou collectif, la liberté peut librement s'épanouir, sauf à respecter l'ordre public et les règles de validité du droit commun. Néanmoins, là où les accords sont déséquilibrés, ou susceptibles d'attenter à certaines valeurs essentielles de la société ou aux intérêts légitimes des contractants, l'objectivité doit alors venir tempérer davantage la subjectivité. En somme – et le dégradé est fort révélateur - leur protection n'est autre que la variable d'ajustement de l'interférence entre le subjectif et les éléments objectifs.

218. Les implications de l'interférence. Une fois entendue l'ambivalence structurelle du contrat, rien ne s'oppose à la reconnaissance de la qualification contractuelle aux accords de volontés pourtant fortement empreints d'hétéronomie, de sorte que ne constitue pas une aberration juridique, le fait de considérer que certains d'entre eux ont une origine contractuelle et des effets qui les rapprochent en même temps de l'institution⁷²⁸. Aussi, loin de fermement s'opposer, le consensuel et l'institutionnel semblent ainsi davantage sans cesse interagir et favoriser l'extension de la rhétorique contractuelle. N'est-ce pas finalement constater un retour au contrat social prôné par Rousseau ? Alors que l'auteur soutient qu'afin de vivre en société, l'homme doit nécessairement adhérer à un contrat qui constituera le socle des institutions sociales, il démontre en un même temps « *que l'institution peut avoir une origine contractuelle, mais encore que l'harmonie sociale commande qu'une institution ait pour origine un accord de volonté* »⁷²⁹. Néanmoins, l'institutionnalisation en droit des personnes dépasse le simple cadre du contrat-institution⁷³⁰, puisque l'objectivation qui en résulte ne se limite pas au seul stade de la formation de l'acte, mais s'étend à toutes les phases du processus conventionnel. Mais ce phénomène n'est pas sans interpeller la communauté des juristes, certains d'entre eux s'étant même élevés à son encontre. C'est ainsi que lorsque que la « *crise du contrat* » s'est immiscée dans l'esprit des auteurs, c'est en raison de l'ombre institutionnelle qui plane sur

⁷²⁸. V° à propos de la société, N. GUYON, *Droit Commercial Général et Sociétés*, préc., n° 96 ; J.-J. NEUER, *Le contrat-institution*, préc., spéc. n° 6.

⁷²⁹. J.-J. NEUER, *Le contrat-institution*, préc., n° 6, renvoyant à ROUSSEAU, *Le contrat social*, Ed. Garnier, Flammarion, 1976.

⁷³⁰. Le phénomène d'institutionnalisation du contrat, ayant conduit à l'émergence de la notion de « *contrat-institution* », s'entend d'une institutionnalisation de l'acte conformément au sens que lui a donné le Professeur Roubier, c'est-à-dire uniquement une institutionnalisation comprise au stade de sa formation, consistant en l'adhésion des individus à « *un corpus de règles préétablies* » : J.-J. NEUER, *Le contrat-institution*, *op. cit.*, n° 10

ceux-ci, encore que la crainte inhérente à l'interventionnisme étatique au sein de l'acte contractuel doive être tempérée.

2. Les apports respectifs de l'interaction volonté-éléments objectifs dans le contrat

219. Versant positif de la relation volonté-éléments objectifs. Si le droit positif des contrats dénote par la présence institutionnelle qu'il accueille de manière croissante, la croyance commune libérale laisse pourtant entendre que l'immixtion du droit objectif tend à contrarier le libre jeu des volontés, et par-delà, la liberté contractuelle. Il est en effet coutumier d'opposer fermement contrat et institution. Tandis que le premier relève de l'autonomie et de la liberté, le second renvoie à l'autorité et l'impérativité de la loi⁷³¹. C'est ici l'antinomie apparente entre le mécanisme contractuel et l'institutionnel qui est affirmée, la majorité des travaux doctrinaux ayant en effet abouti à exclure l'élément objectif de la structure même de l'acte contractuel, dénonçant ainsi son rôle limitatif de volonté. Mais une telle acception revient pourtant à adopter une vision par trop réductrice du rôle du droit objectif, de sorte qu'il est particulièrement singulier de constater que seul un faible nombre d'auteurs ont pris le parti de mettre en exergue son rôle promoteur et protecteur des volontés. En effet, si l'hétéronomie encadre et contraint l'autonomie, ce n'est pas seulement pour anéantir la volonté des personnes, mais bien plutôt pour lui permettre de s'épanouir. En somme, l'idée est « *que la forme peut tout autant libérer que la volonté autonome peut emprisonner* »⁷³². Le droit n'est ainsi pas qu'un simple instrument de contrainte des contractants puisqu'il peut aussi participer à la fourniture de « *matériaux* » utiles à l'expansion des « *constructions volontaires* »⁷³³. Il y a donc indéniablement un versant positif à la relation existant entre la volonté et les éléments objectifs, puisque sans ces derniers, la première ne pourrait très certainement pas s'épanouir dans des domaines traditionnellement soumis à un ordre public prohibitif, et le droit des personnes l'illustre avec une justesse certaine. Mais si l'institutionnel sert ainsi le contractuel, il n'est pas déraisonnable d'admettre qu'à l'inverse, le second participe également à l'effectivité du premier. Comme cela a en effet été évoqué plus en amont, l'expansion de la rhétorique contractuelle que connaît le droit positif

⁷³¹. « *Lorsqu'il y a contrat, les parties déterminent librement les obligations qui les unissent, sous réserve du respect de l'ordre public (Code civil, art. 6 et 1134). Au contraire, lorsqu'il y a institution, les parties adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier* » : N. GUYON, *Droit des affaires, Droit Commercial Général et Sociétés*, 2^{ème} éd., Economica, *op. cit.*, n° 96.

⁷³². P.- Y. QUIVIGER, Le contrat comme lien et comme bien. Sur le contrat en droit romain selon Michel Villey, in *Repenser le contrat*, préc., p. 19.

⁷³³. Cl. BRENNER, L'acte juridique, *Rép. de droit civil*, Dalloz, préc., spéc. n° 68.

relève sans nul doute des vertus qui lui sont attachées. Plus précisément, l'idée qu'un acte accepté est mieux respecté qu'un acte qui serait imposé à vraisemblablement fait son chemin dans l'esprit des pouvoirs publics. Or, en étendant l'influence des volontés à des champs juridiques soumis auparavant à un ordre public de direction, tels, ici aussi, le droit des personnes, mais également le droit de la famille ou encore le droit pénal, le pari a sans doute été, par l'octroi aux individus d'une certaine faculté d'adaptation et d'appropriation des règles statutaires, celui du respect davantage effectif des accords conventionnels et au-delà, des contraintes étatiques.

220. Conclusion de Chapitre. On le voit, la question du fondement de la force obligatoire du contrat demeure toujours aussi difficile à résoudre. Entre le fondement autonomiste de l'approche libérale et celui légal de l'apport positiviste, il semble bien que le droit positif des contrats navigue à vue entre ces deux courants, brouillant encore davantage la ligne de démarcation entre consensuel et institutionnel.

221. L'artifice intellectuel de l'autonomie de la volonté. Néanmoins, rattacher tel ou tel principe du droit positif à l'une ou l'autre des différentes approches du contrat contient sans nul doute une part importante d'artifice intellectuel tant le sens donné à ceux-ci résulte de la sensibilité au droit positif de l'interprète. Cette ambivalence qualificative peut se justifier par l'absence d'une stricte dichotomie entre les deux thèses supposées antagonistes : celle volontariste et celle plus sociale du contrat. Ce « *synchrétisme doctrinal* »⁷³⁴, associé aux fluctuations interprétatives résultant des différences de ressenti des auteurs, conduit ainsi par exemple à pouvoir rattacher, selon le sens qui lui est préféré, la faculté nouvellement consacrée de la modification du contrat pour imprévision⁷³⁵, aussi bien à l'approche volontariste, qu'à celle solidariste⁷³⁶. Il est ainsi manifeste que la signification d'un principe se trouve subjuguée par la sensibilité philosophique, politique de chaque penseur. Aux partisans de l'individualisme juridique, s'opposent ainsi les tenants d'une conception plus moralisante des rapports contractuels. Néanmoins, une large majorité de ces différentes approches s'accordent pour

⁷³⁴. M. MEKKI, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *Rev. des contrats*, préc., spéc. n°23.

⁷³⁵. Ph. STOFFEL-MUNCK, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, *Rev. des contrats*, Hors-Série, 1^{er} avril 2016.

⁷³⁶. M. MEKKI, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *op. cit.*, spéc. n°26. C'est ainsi que selon la première approche, une telle faculté de révision serait conforme à la force obligatoire des conventions ainsi qu'à la prévisibilité des parties, tandis que selon la seconde, elle répond davantage à l'idée de justice contractuelle.

admettre que sans rencontre des volontés il ne saurait y avoir de contrat, et cette étude les rejoint aisément sur ce point.

222. Le dépassement contemporain du volontarisme juridique. C'est ainsi qu'à la lecture du droit positif, la césure entre les approches volontaristes et celles moralisantes des rapports contractuels ne paraît pourtant pas aussi franche qu'elle ne pourrait le laisser paraître. Au final sans doute chacune d'entre elles contient-elle un certain degré de vérité. Pourquoi ne pas en effet oser admettre que l'immixtion d'une part infime de morale dans le lien contractuel puisse *in fine* contribuer à renforcer la force obligatoire des conventions, et plus largement, le pouvoir de la volonté⁷³⁷ ? Aussi, à l'étanchéité supposée des deux conceptions, semble pouvoir, voire même devoir, être privilégiée une approche nouvelle qui rendrait compte de leur interpénétration croissante. Selon cette voie, la volonté conserve une place essentielle dans la vie du lien contractuel, puisque sans celle-ci, et donc sans échange de consentements, le contrat ne saurait exister. En ce sens, le contrat est toujours l'acte le plus topique de la manifestation de la liberté individuelle de l'homme⁷³⁸, même si celle-ci se limite parfois à la simple faculté de contracter ou non ainsi que de choisir son cocontractant. Mais, puisque l'homme vit en société, une part d'hétéronomie – plus ou moins prégnante selon les hypothèses - doit nécessairement lui être opposée afin que l'expression de sa volonté prenne corps dans un sens conforme, tant à ses propres intérêts légitimes qu'à ceux de la société⁷³⁹, puisqu'il est évident que toute liberté n'est raisonnable que si elle demeure encadrée. Aussi le contrat ressort-il comme un accord de volontés éclairées et régulées de deux ou plusieurs personnes emportant la création d'effets de droit conformes aux intérêts particuliers des contractants ainsi qu'à l'intérêt général de la société.

⁷³⁷. Par exemple, est-il hérétique de considérer que l'obligation d'information qui pèse sur la partie forte, si elle sert certes les intérêts particuliers du contractant le plus faible en lui permettant de prendre l'exacte mesure de son engagement, contribue au-delà à assurer la pérennité de l'engagement et son respect par ce dernier ? La réponse semble à l'évidence devoir être positive.

⁷³⁸. L'expression des consentements apparaît en effet comme une manifestation de l'autonomie de la volonté. V° S. HABER, L'autonomie sociale comme forme d'action. Le paradigme du travail, in *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, M. JOUAN et S. LAUGIER (dir.), PUF, Coll. Éthique et Philosophie morale, 2009, spéc. p. 282.

⁷³⁹. L'autonomie de la volonté peut en effet parfois contrevenir à l'intérêt général. En ce sens, R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 21.

223. Conclusion de Titre. Alors que les accords de volontés en droit des personnes sont intimement liés à l'état de vulnérabilité du contractant faible, l'asymétrie conventionnelle qui en résulte doit impérativement être compensée par le droit objectif, sans que puisse néanmoins être contredite leur qualification contractuelle.

224. Une interaction entre le consensuel et l'institutionnel induite par l'originalité des conventions. Il a été démontré que les conventions innervant le droit des personnes ont pour caractéristique commune de s'articuler autour de l'état de vulnérabilité du contractant faible, que celui-ci en soit la source ou la conséquence, et qu'une telle spécificité induisait nécessairement un déséquilibre structurel de l'acte. Aussi, sauf à courir le risque insupportable que les intérêts supérieurs de ce contractant, voire plus largement ceux de la société, soient obérés, il importe qu'une certaine bienveillance objective accompagne le déploiement des droits subjectifs afin de compenser l'asymétrie *inter partes* parfois constatée. Aussi les règles impératives apparaissent-elles ici, non comme un obstacle au développement des accords de volontés, mais bien plutôt comme un moyen participant à leur extension ainsi qu'à leur sécurisation. Émerge ainsi « *un intéressant métissage quant à l'origine des obligations contractuelles : les unes procèdent de la volonté des cocontractants, les autres sont l'œuvre de la loi ou procèdent du sentiment d'équité des juges* »⁷⁴⁰. Aussi n'y-a-t-il rien d'incongru à soutenir que le phénomène de contractualisation contribue à révéler que sous l'apparente unité du droit des personnes, coexistent en réalité deux logiques distinctes, et diamétralement opposées : une d'inspiration plus libérale qu'avant, assise sur l'expansion du pouvoir des volontés individuelles, et une d'essence davantage dirigiste visant à contenir et réguler cet accroissement. Plus précisément, et contrairement aux présupposés de départ, le droit des personnes se subjectivise là où le régime juridique des contrats s'objectivise. En somme, l'extension de l'autonomie dans ce champ juridique a ici pour support et mesure l'hétéronomie, laquelle permet que l'accord des volontés « *ne soit pas une autre jungle où jouerait la loi du plus fort juridiquement, mais devienne un lieu civilisé (...) régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants* »⁷⁴¹.

225. Une interaction non exclusive de la qualification contractuelle. Dès lors, si les actes conventionnels irriguant le droit des personnes semblaient à première vue prendre leur distance avec le régime général du contrat, voire plus radicalement, avec la qualification

⁷⁴⁰. D. MAZEAUD, Droit des contrats : réforme à l'horizon !, D. 2014. 291, *op. cit.*, n° 16.

⁷⁴¹. A. BÉNABENT, *La bonne foi*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Litec, 1992, p. 300.

contractuelle, une analyse du droit positif a permis que soit mis en exergue le nécessaire assouplissement des préceptes issus du principe de l'autonomie de la volonté. Demogue ne disait-il pas déjà que « *le contrat qui est une chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale* »⁷⁴². Or, ce cap est celui d'une plus grande justice contractuelle, le contrat ne pouvant raisonnablement constituer un lieu d'asservissement aveugle du contractant vulnérable. Mais si le droit objectif tend ainsi à orienter le déploiement des droits subjectifs, encore convient-il de ne pas occulter que le critère central du contrat demeure bel et bien l'accord des volontés. Autrement dit, sans celui-ci l'acte ne serait pas formé, mais sans sa nécessaire conformité aux règles objectives, il ne pourrait alors produire d'effets. Autant dire que se dévoile ainsi, avec toute la force de l'évidence, l'ambivalence structurelle de l'acte contractuel, celle-ci ne pouvant raisonnablement qu'emporter conviction. Aussi coexistent au sein de cette architecture deux pans distincts, l'un subjectif, l'autre objectif, une telle absence d'étanchéité n'étant toutefois en rien exclusive de la rhétorique contractuelle, mais en permettant au contraire son déploiement⁷⁴³ dynamique en des terres traditionnellement hors de portée.

226. Conclusion Partie I. Avant que ne soit explorée la réalité contemporaine du droit des personnes, la voie qui semblait ouverte était celle qui menait vers un impossible développement du contrat dans un champ juridique où se dissimulent tant d'intérêts supérieurs. Pourtant, le droit imposé a décliné, laissant apparaître dans son sillage une promotion significative, et à bien des égards effrénée, du pouvoir des volontés, même si ces dernières ne sont pas détachées de tout élément objectif.

227. L'effectivité de la contractualisation en droit des personnes. Caractéristique du post-modernisme, cette atrophie de la légitimité de la contrainte verticale a laissé place tout d'abord à l'émergence de modes non autoritaires de direction des conduites humaines. Mais la rhétorique contractuelle ne saurait se résumer à la seule hypothèse des contrats pédagogiques, puisqu'à côté, poussé par les progrès scientifiques et technologiques contemporains, le genre et le nombre des conventions portant sur un attribut extrapatrimonial de la personne ou sa capacité

⁷⁴². R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. III, 1931, n° 637.

⁷⁴³. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 60. - Adde, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1949, n°59, selon qui si la liberté contractuelle « *aboutit à l'exploitation injuste des faibles par les forts, il faut la briser* ».

n'ont cessé de croître. Mais la constatation n'est-elle pas redoutable tant il est loisible de supposer qu'elle dissimule de potentielles atteintes à l'incommensurabilité humaine et que l'innovation scientifique « *devient d'autant plus suspecte qu'elle touche à l'intime* »⁷⁴⁴ ?

228. L'ambivalence structurelle du contrat. Aussi, si d'aucuns esprits alarmistes en conviendront sûrement, d'autant que les accords de volontés en droit des personnes voisinent aisément avec l'état de vulnérabilité du contractant faible, qu'elle soit substantielle ou personnelle, encore semble-t-il que la tempérance puisse être de mise puisque les pouvoirs publics n'abandonnent pas la détermination de la condition humaine de celui-ci aux seules volontés et passions des parties. Bien au contraire cette asymétrie *inter partes* justifie-t-elle qu'une certaine bienveillance objective accompagne le déploiement des droits subjectifs. Sans doute les adoreurs du volontarisme tiendront-ils alors en marge du champ contractuel les accords de volontés innervant le droit des personnes tant cette interférence paraît strictement antinomique avec le principe de l'autonomie de la volonté, longtemps considéré comme la clé de voûte de l'architecture du régime général du contrat. Mais il a été démontré que celui-ci n'était pas exempt de toute vicissitude, et qu'il reflétait même au contraire une vision par trop idéaliste des volontés humaines, mais également surréaliste de leur articulation avec la contrainte institutionnelle. Il est vrai que les volontés contractuelles ne constituent pas à elles seules l'ossature du contrat puisqu'elles doivent à l'évidence se conjuguer avec les exigences et principes supérieurs du cadre social dans lequel elles se déploient. Aussi, une fois admise l'absence d'étanchéité entre les cloisons consensuelle et institutionnelle, a pu être soutenue l'existence de véritables contrats en droit des personnes. En somme, si la symphonie contractuelle demeure, elle a néanmoins vu évoluer sa partition dans un sens conforme aux impératifs de justice et d'égalité contractuelles, lesquels légitiment l'ambivalence structurelle du contrat, celui-ci se dévoilant en effet comme un acte subjectif teinté d'objectivité et dont les nuances dépendent étroitement des intérêts catégoriels en jeu.

⁷⁴⁴ M. POUMARÈDE, Encadrer ou favoriser le progrès ? L'exemple de la sécurité des produits, in Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?, M. Nicod (dir.), Actes du colloque des 19 et 20 oct. 2006, Coll. Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, n° 7, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2008.

PARTIE II. L'ANTHROPOCENTRISME DU PHÉNOMÈNE DE CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES

*« L'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature ; mais c'est un roseau pensant. Il ne faut pas que l'univers entier s'arme pour l'écraser : une vapeur, une goutte d'eau, suffit pour le tuer. Mais, quand l'univers l'écraserait, l'homme serait encore plus noble que ce qui le tue, parce qu'il sait qu'il meurt ».*⁷⁴⁵

229. La régulation de la rhétorique contractuelle en droit des personnes. Si les développements précédents ont révélé l'expansion des conventions et la nécessité qu'elles soient encadrées par le pouvoir institutionnel, il a toutefois été mis en exergue qu'un tel halo objectif était parfaitement compatible avec la qualification contractuelle. Aussi, après avoir défini les facteurs théoriques justifiant l'établissement d'un tel encadrement, encore convient-il désormais d'aborder les moyens permettant sa mise en œuvre pratique. À cet égard, alors que *« désormais, l'humanité fait face à sa finitude, captive d'une hégémonie de puissance, dont elle fut jadis, la commanditaire »*⁷⁴⁶, il importe que l'extension de la rhétorique contractuelle en droit des personnes ne vienne pas obérer davantage l'immanence humaine et partant, la dignité des contractants vulnérables.

D'un point de vue phénoménologique en effet, la personne qui contracte un accord relativement à l'un de ses attributs extrapatrimoniaux devient tout à la fois sujet et objet de l'acte. Comment ne pas voir alors le *« défi anthropologique »*⁷⁴⁷ suscité par de telles

⁷⁴⁵. B. PASCAL, *Pensées*, Gallimard, Pléiade, 1976, pp. 1156-1157.

⁷⁴⁶. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, préc., p. 6.

⁷⁴⁷. O. THOLOZAN, *La réification du corps humain en droit civil français*, préc., p. 35.

conventions, tant la part de sujet se doit nécessairement de triompher sur celle d'objet ? C'est que de l'humainement acceptable à la réification sournoise de la personne humaine, il n'y a décidément qu'un pas infime qu'il convient de ne pas franchir d'autant que, tout comme la tradition judéo-chrétienne, l'impératif absolu de la vie qui en est issu tend aujourd'hui significativement à s'affaiblir. Aussi, face au maelstrom de la biologisation et de la technicisation de la société, comment « réincarner » la personne et non se résoudre à être les observateurs malheureux de son ravalement progressif au rang de chose ? Bien que placée en arrière-plan, une telle interrogation n'en doit pas moins attirer l'attention, d'autant que l'article 16 du code civil dispose expressément que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Aussi, puisque « *les principes ne sont bons que lorsqu'ils engendrent des actes* »⁷⁴⁸, il est indéniable que l'effectivité de celui de la dignité de la personne humaine, potentiellement malmené par le phénomène de contractualisation en droit des personnes, implique que certains remparts objectifs soient édifiés afin que les assauts contractuels susceptibles d'emporter une déshumanisation des contractants demeurent contenus. Or, par une vision anthropocentriste du droit des personnes – certes tel a toujours été le cas - mais aussi du régime juridique des contrats qui s'y développent, l'homme se trouve placé au cœur de cette construction. C'est ainsi que par référence au respect dû à la personne humaine, le pouvoir institutionnel vient tempérer et encadrer le déploiement de la rhétorique contractuelle dans ce champ juridique afin que soit prévenue toute atteinte à celle-ci. Et la dignité révèle à cet égard une absence de monochromie puisqu'elle comporte deux versants dont l'opposition axiologique témoigne de son caractère protéiforme. Le premier, d'ordre négatif, fait ainsi de la dignité une valeur limite que ne sauraient franchir les volontés contractuelles sauf à ce que soit contredit l'impératif de protection de la personne humaine. Le second, d'ordre positif, traduit quant à lui la mobilisation du principe de dignité par le droit objectif afin de compenser l'asymétrie conventionnelle et garantir la protection du contractant vulnérable. En somme la dignité ressort selon cette seconde acception comme un référentiel pourvoyeur de droits en faveur de la partie faible.

C'est ainsi que la dignité, confrontée à la contractualisation en droit des personnes, révèle une nature duale. Elle ressort en effet en amont comme un obstacle au déploiement des

⁷⁴⁸. V. VAN GOGH, *Lettres à sa frère Théo*, Gallimard, 1988, p. 239.

volontés contractuelles (Titre I), et en aval, comme la boussole les maintenant dans un cap orienté vers la protection du contractant vulnérable (Titre II).

TITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : OBSTACLE AUX VOLONTÉS CONTRACTUELLES

230. Le primat de la dignité humaine. Si la contractualisation en droit des personnes a certes ouvert une brèche significative au pouvoir des volontés, encore importe-t-il que ces dernières ne contreviennent jamais aux principes supérieurs inhérents à ce champ juridique, sauf à ce qu'il soit porté une atteinte insoutenable à la personne humaine, et plus spécialement au contractant dont l'attribut extrapatrimonial participe du contenu de l'accord. L'acte de liberté que constitue le contrat ne doit ainsi jamais entrer en conflit avec le respect qui lui est nécessairement dû. Rappelons-le en effet, les volontés contractuelles ne peuvent produire d'effets que dans le strict respect des exigences et valeurs du cadre social dans lequel elles sont appelées à émerger. Néanmoins, il est manifeste que le déploiement des droits subjectifs en droit des personnes, à défaut d'encadrement objectif plus ou moins intense, pourrait contrevvenir à la dignité de la personne. Or, les développements qui suivent doivent participer à démontrer qu'afin de parer de telles hypothèses conventionnelles, le pouvoir institutionnel s'appuie largement sur le principe de dignité dont la nature « *puissamment juridique, et suffisamment plastique* »⁷⁴⁹ en font un vecteur transcendantal privilégié et particulièrement efficace de protection de la vulnérabilité humaine en droit des personnes. En effet, puisqu'un lien indéfectible existe entre la dignité et l'humanité de la personne, aussi n'y-a-t-il rien de surprenant à ce que la mobilisation de la première permette de garantir la seconde. Il est vrai que ce qui caractérise une personne, et la distingue des choses, c'est justement sa dignité. Aussi importe-t-il, afin que qu'elle ne soit jamais poussée, par l'effet d'un contrat, sur l'autre versant de la *summa divisio*, que celle-ci soit en toutes hypothèses préservée, et que les conventions susceptibles d'y contrevvenir ne puissent légitimement s'épanouir.

⁷⁴⁹. H. ROUSSILLON, Préface, Thèse de X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. XIV.

231. La dignité : un référentiel protecteur de la personne humaine. C'est ainsi que la dignité humaine ressort comme le référentiel à l'aune duquel est régulée la dynamique du phénomène de contractualisation en droit des personnes. En somme, référer au principe de dignité pour canaliser le jeu des volontés contractuelles permet que soient maintenues certaines bornes objectives que celles-ci ne sauraient franchir. Aussi, s'il a été démontré plus en amont⁷⁵⁰ que la dignité – considérée en son acception subjective – était parfois la source du phénomène de contractualisation en droit des personnes, il convient désormais de révéler en quoi elle en constitue surtout la mesure lorsqu'elle est appréhendée selon sa face objective. À cet égard, si la mobilisation de la dignité paraît apte à pouvoir contenir les assauts contractuels susceptibles d'emporter une déshumanisation de la personne c'est avant tout en ce qu'elle constitue un principe dont l'impérativité ne peut raisonnablement être contestée (Chapitre I) et qui contribue à en faire le référentiel prohibitif par excellence de la contractualisation en droit des personnes (Chapitre II).

⁷⁵⁰. V° *infra* n° 145 et s., p. 124 et s.

CHAPITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE IMPÉRATIF

232. Les soubassements du principe de dignité. Sans vouloir retracer ici la genèse du principe de dignité humaine, encore convient-il a minima, pour comprendre le rôle de celui-ci à l'égard du phénomène de contractualisation en droit des personnes, de préciser que la dignité est ce qui distingue l'homme des autres êtres vivants. Elle est la traduction formelle de son immanente condition, impliquant que la personne ne soit jamais atraite vers le monde des choses et que le respect de son intégrité, tant physique que morale, soit en toutes hypothèses garanti. Empreinte d'une once manifeste d'humanisme, la dignité apparaît ainsi comme un impératif devant guider les conduites humaines, et d'autant plus lorsque celles-ci tendent à s'inscrire dans un cadre contractuel. C'est ainsi que « *la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un principe philosophique relevant du personnalisme chrétien, qui se bornerait à irradier de nombreuses règles juridiques* »⁷⁵¹, elle est également un devoir au respect duquel les personnes souhaitant contracter se trouvent astreintes.

Or, quoi de plus éminent que la dignité pour encadrer la contractualisation en droit des personnes ? Référer à ce principe n'est-ce pas effleurer l'essence même de l'homme ? À l'évidence, seule une réponse positive s'impose et justifie l'aura dont il est entouré. Sans doute, comme ses titulaires, doit-il conserver cette part de mystère qui le caractérise tant et si bien que s'il est le principe premier, ce n'est pas tant par son affirmation, sa définition, mais bien plutôt en raison de son inspiration, de sa coloration. Aussi si la dignité jouit ainsi d'une impérativité intrinsèque en tant que principe ontologique (Section 1), elle témoigne cependant également d'une impérativité extrinsèque par l'effet de son inscription formelle dans le droit objectif (Section 2), ces deux aspects participant à en faire un principe directif régulant l'expansionnisme contractuel en droit des personnes.

⁷⁵¹. Ph. MALAURIE, Le droit et l'exigence de dignité, *Rev. de culture contemporaine*, Études, 2003/5, Tome 398, p. 623.

SECTION I. L'IMPÉRATIVITÉ INTRINSÈQUE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

233. La consistance du principe de dignité. Évoquer l'impérativité intrinsèque du principe de dignité, c'est avant tout référer à sa dimension axiologique (§ I), laquelle contribue à en faire un référentiel explicatif (§ II), le tout érigeant le respect dû à la personne humaine en une valeur-limite et impliquant dès lors, non pas la contemplation servile du développement de la rhétorique contractuelle en droit des personnes, mais bien plutôt sa modération institutionnelle.

§ I. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE AXIOLOGIQUE

234. La dignité humaine : le principe premier. Bien loin des sciences normatives, la dignité est avant tout un principe métaphysique au caractère suprasensible originaire indéniable (A), lequel renvoie à la transcendance inhérente à l'humanité (B).

A. La dignité humaine : un principe ajuridique.⁷⁵²

235. La dignité humaine : un principe préexistant au droit objectif. Comment raisonnablement tenter d'appréhender la consistance d'un principe sans référer à ses origines ? Il semble bien que pour apprécier le plus justement possible la portée réelle du concept de dignité sur le phénomène de contractualisation en droit des personnes il faille en présenter succinctement, mais néanmoins précisément, les fondements. Or, une brève analyse de ceux-ci (1) permet de révéler qu'il existe en dehors de toute condition de positivité (2) renforçant par

⁷⁵². A. GOGORZA, La dignité humaine, in *Droits de la personnalité*, J.-Ch. SAINT-PAU (dir.), LexisNexis, 2013, n° 159, p. 93.

là-même l'idée de son éminence et de sa capacité à tempérer les assauts contractuels en droit des personnes.

1. La dignité humaine : un principe ante-positif.

236. La dignité en droit romain. La dignité n'est pas une création de plus de la modernité juridique ; elle a traversé les âges, jalonné le droit depuis toujours et s'est affinée au fil du temps et de ses exigences. Si le droit romain connaissait ainsi déjà ce principe, la « *dignitas* » romaine ne renvoyait cependant qu'à une charge et était intimement liée à la considération sociale de l'individu ; elle était toute entière fondée sur la protection de la personnalité⁷⁵³. Or, le concept s'est depuis étendu pour englober plus largement la dignité due à chaque être humain, chacun étant en effet dépositaire, en cette seule qualité, d'une part de l'humanité. Néanmoins, peu importe la référence opérée, il s'agit en toutes hypothèses de reconnaître la coloration méliorative de la dignité⁷⁵⁴. Or, sur ce point, l'empreinte de la tradition judéo-chrétienne ne saurait être occultée, tant affirmer la dignité de la personne humaine renvoie originairement à sa création divine.

237. L'empreinte de la religion. La dignité n'est donc pas un concept neuf. Bien au contraire était-elle déjà présente dès les prémisses de l'anthropogénèse. Il est ainsi communément admis qu'elle puise sa source première dans la chrétienté⁷⁵⁵, et plus précisément dans le thème biblique et patristique de la création de l'homme à l'image de Dieu⁷⁵⁶, de sorte qu'elle doit être reconnue à chaque personne, sans distinction aucune. Caractéristique d'une discrimination positive⁷⁵⁷ en faveur de l'humain sur les autres êtres vivants, elle serait en quelque sorte la traduction notionnelle de ce qu'il n'y a rien « *de plus admirable dans le monde*

⁷⁵³. A. GOGORZA, La dignité humaine, *op. cit.*, n° 160, p. 94.

⁷⁵⁴. V° sur ce point, X. BIOY, La dignité : questions de principes, in *Justice, Éthique et dignité*, préc., p. 50.

⁷⁵⁵. Selon Jean-Paul II, la dignité servirait ainsi « *de trame et, d'une certaine manière de guide à l'encyclique et à toute la doctrine sociale de l'Église* »- Jean-Paul II, *Centesimus annus*, 1^{er} mai 1991, n° 11.

⁷⁵⁶. « *L'homme est sur la Terra la seule créature que Dieu ait voulue pour elle-même* » - *Gaudium et spes* 24, cite par Jean-Paul II, *Centesimus annus*, *ibid.* V° aussi M. BENCHIKH, La dignité de la personne humaine en droit international, in *La dignité de la personne humaine*, *op. cit.*, 1999, p. 37 ; M. GOBERT, Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁵⁷. « *Par dignité on désigne une hiérarchie, la valorisation d'un « dignitaire »* » : X. BIOY, La dignité : questions de principes, in *Justice, Éthique et Dignité*, *op. cit.*, p. 50.

que l'homme »⁷⁵⁸. Aussi la dignité était-elle à l'origine largement irriguée par le droit naturel⁷⁵⁹, et préexistait nécessairement à toute théorisation ainsi qu'à toute consécration expresse. C'est dire si l'attrait axiologique du principe de dignité humaine est particulièrement important, renforçant par là-même l'acceptation de sa légitimité intrinsèque et de son caractère fondamentalement métaphysique.

2. La dignité humaine : un principe métaphysique

238. La dignité : un principe flou. Soutenir que la dignité est consubstantielle à la création divine de l'homme, implique de traiter le principe avec pudeur et respect. Mais c'est au-delà également entrapercevoir son intimité avec la valeur de son titulaire. Or, comment appréhender celle-ci avec justesse, alors que sa démonstration semble parfaitement impossible⁷⁶⁰, la valeur de l'homme paraissant en effet ne pouvoir qu'être raisonnablement montrée⁷⁶¹? Encore qu'il semble possible de tempérer l'affirmation puisqu'il est une évidence : la dignité c'est ce qui fait l'humanité de l'homme. Il n'y aurait ainsi « *pas des dignités, mais une dignité commune à tous* »⁷⁶². Mais à peine le propos tenu, les difficultés ressurgissent, puisqu'entendue ainsi, la définition de la dignité ne saurait faire l'économie d'une approche ontologique de la personne. Or, quelques développements ne suffiraient à l'évidence point à circonscrire avec efficacité et justesse la réalité humaine. Sans doute cet obstacle justifie-t-il l'absence d'une définition expresse et globalisante du principe⁷⁶³. Rien de surprenant alors à ce que la dignité ressorte bien souvent comme un concept « flou »⁷⁶⁴. Sans doute son évolutivité, à laquelle contribue le phénomène de contractualisation en droit des personnes, participe-t-elle par ailleurs à accroître encore davantage les difficultés inhérentes à toute tentative d'éclaircissement notionnel. Il est en effet indéniable que quiconque entreprend une telle quête se heurtera nécessairement au poids de la morale, de la religion et de l'histoire, lesquelles ne

⁷⁵⁸. PIC DE LA MIRANDOLE, *De dignitate hominis*, 1486.

⁷⁵⁹. V° par ex. E. BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, Ed. Payot et Rivage, Paris, 2002.

⁷⁶⁰. M. FABRE-MAGNAN, La dignité en Droit : un axiome, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1 Volume 58, p. 7.

⁷⁶¹. M. FABRE-MAGNAN, La dignité en Droit : un axiome, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁶². M. MEKKI, Thèse préc., spéc. n° 439 et 450.

⁷⁶³. Certes de nombreuses définitions irriguent les ouvrages de droit, mais elles ne sont guère satisfaisantes. Pour une définition, v° notamment, A. JACOB (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, Tome II. *Les notions philosophiques*, PUF, 1990 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, préface, X.

⁷⁶⁴. O. CAYLA, Dignité humaine : le plus flou des concepts, *Le Monde, Horizons-Débats*, 31 janvier 2003.

sont ainsi vraisemblablement pas étrangères à la manière dont celle-ci se déploie au sein du corpus juridique. Si elle se manifeste sans cesse en droit des personnes, surgit désormais en tous domaines, sa définition demeure cependant un graal que beaucoup d'auteurs ont tenté de découvrir. Si le choix n'est donc pas la poursuite de cette quête particulièrement laborieuse et incertaine, il importait en revanche d'en souligner l'existence puisqu'elle est une manifestation de la principale force, mais aussi faiblesse, du principe, à savoir son cantonnement métajuridique.

B. La dignité humaine : un principe déclaratoire

239. La traduction formelle de l'immanence humaine. Affirmer que la dignité est difficilement dicible ne signifie nullement qu'elle n'a aucun rôle à jouer en droit positif, et notamment en droit des personnes. Bien au contraire, elle jalonne toutes les étapes de l'existence de l'individu et l'encadre. Elle constitue à cet égard le rempart ultime que le phénomène de contractualisation ne saurait franchir sauf à ce que soit niées l'incommensurabilité de la personne humaine (1) et celle, sensiblement atténuée, de l'être humain (2).

1.. L'affirmation de la valeur transcendantale de la personne humaine

240. L'ambivalence notionnelle de la dignité. Affirmer la dignité de la personne humaine, c'est avant tout renvoyer à son immanente condition. Aussi la personne est-elle digne en ce qu'elle est justement humaine. Mais à cette acception de l'être peut être opposée celle du devoir être, impliquant que la personne ne puisse interférer sur sa dignité personnelle dans un sens contraire à celle de l'humanité. Autrement dit, la dignité pour soi semble devoir s'opposer à la dignité en soi.

241. La dignité pour soi. La première renvoie à l'autonomie de la personne. Plus précisément, par les hypothèses d'autodétermination⁷⁶⁵ qui lui sont reconnues par l'effet de la contractualisation en droit des personnes, l'individu affirme sa liberté et réalise son éminente

⁷⁶⁵. Sur le sujet, v° notamment, S.-M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Thèse dactyl. Paris I, G. LOISEAU (dir.), 2015.

condition. Ce pouvoir, absent des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, résulte de l'interprétation par les juges européens du droit au respect de la vie privée. S'appuyant en effet sur les termes de l'article 8, § I, du texte, la Cour a pu considérer « *que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »⁷⁶⁶. Plus précisément a-t-elle admis que le droit à l'autodétermination dont dispose chaque individu doit lui permettre de décider du temps de sa mort lorsque sa situation est désespérée, de sorte que l'incrimination pénale du suicide assisté peut être constitutive d'une ingérence étatique dans le droit au respect de la vie privée. Elle tempère néanmoins son raisonnement à l'aune de l'article 2 de la Convention prévoyant que les États doivent assurer le droit à la vie de toute personne, indiquant ainsi que des motifs d'intérêt général peuvent parfaitement justifier l'existence de règles de droit internes prohibant le suicide assisté. Or, comment ne pas déceler dans ce dernier temps du raisonnement un renvoi implicite à la dignité objective de la personne ? C'est bien ici cette face négative qui permet que certaines limites puissent être opposées au pouvoir d'autodétermination des individus, et partant, au dynamisme des volontés contractuelles.

242. La dignité en soi. Aussi, référer à la dignité, c'est ainsi valoriser – ou revaloriser – la personne, mettre en exergue sa prééminence en ce qu'elle est dépositaire du genre humain⁷⁶⁷. Considérée ainsi, la dignité objective⁷⁶⁸ s'impose dès lors à tous dans les rapports à autrui⁷⁶⁹ tout autant que dans ceux à soi⁷⁷⁰, puisqu'elle est alors, selon cette seconde

⁷⁶⁶. CEDH, Section 4, 29 avr. 2002, Req. 2346/02, Aff. *Pretty c/ Royaume-Uni*. V° sur cette décision, E. GARAUD, *Affaire Pretty contre Royaume-Uni : l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie*, *Rev. jur. pers. et fam.*, n° 7-8, 1^{er} juil. 2002.

⁷⁶⁷. La dignité ne saurait s'exprimer dans l'individualité, puisque chaque personne porte en elle l'humanité. V° N. MOLFEISSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, in *La dignité de la personne humaine*, préc., p. 128.

⁷⁶⁸. V° pour une telle affirmation, CE, ass., 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et CE, ass., 27 oct. 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA*, 1995, n°6, p. 1209 ; *D.* 1996, jur. p. 177, note G. LEBRETON ; *JCP G* 1996, II, n° 22630, note F. HAMON ; *RDP* 1996, p. 536, note M. GROS et J.-C. FROMENT ; *LPA* 1996, n° 11, p. 28, note M.-C. ROUAULT. Le Conseil d'État a ici fait de la dignité une composante de l'ordre public, considérant que les maires peuvent, au regard de leur pouvoir de police municipale, interdire les spectacles qui par leur nature porteraient atteinte à la dignité de la personne humaine, en l'espèce l'attraction de lancer de nain. La dignité en soi prime ainsi sur celle pour soi. Plus précisément, si une telle pratique participe assurément à conforter la situation sociale et économique du nain, l'impact qu'elle entraîne pour l'immanence humaine implique qu'elle soit à cet égard considérée comme illicite. V° également l'affaire *Benetton*, TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, *D.* 1995, jur., p.569, note B. ÉDELMAN, et confirmée par CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, jur., p. 617, note B. EDELMAN.

⁷⁶⁹. Le principe d'inviolabilité du corps humain et l'exigence de consentement préalable à toute intervention sur celui-ci en sont une parfaite illustration.

⁷⁷⁰. V° CE, ass., 27 oct. 1995, *op. cit.* Pour référer à nouveau au principe d'inviolabilité du corps humain, si le Code pénal sanctionne les atteintes non consenties provoquées par autrui, il ne sanctionne en revanche nullement les violences faites à soi-même.

acceptation, nécessairement commune à chacun⁷⁷¹. Ainsi teintée d'une coloration collective⁷⁷², la dignité est universelle⁷⁷³, de sorte que nul ne peut renoncer⁷⁷⁴ à ce qu'elle soit respectée⁷⁷⁵, et ce même par l'effet d'un contrat. En outre, elle est reconnue à tous les stades de l'existence, que la personne soit malade⁷⁷⁶, ou qu'elle soit en fin de vie⁷⁷⁷ mais aussi lorsqu'elle bénéficie de soins palliatifs⁷⁷⁸ ou psychiatriques⁷⁷⁹. Aussi la dignité ne saurait-elle être un droit subjectif sur lequel il serait possible de transiger⁷⁸⁰. Une telle perspective justifie alors que certaines restrictions soient portées aux libertés individuelles des personnes⁷⁸¹, et notamment des contractants, là où s'agissant de la dignité subjective, elle tend à l'inverse à les promouvoir. Cette dichotomie notionnelle n'est pas nouvelle, et dépend étroitement des sensibilités philosophiques et morales de chacun des observateurs, et le débat sur l'euthanasie l'illustre par ailleurs avec une certaine justesse. Pour les promoteurs de la dignité pour soi, chaque personne doit pouvoir mourir dans la dignité, et choisir le temps où elle ne sera plus. Mais à l'opposé, pour ses pourfendeurs, une telle faculté apparaît contraire à l'impératif supérieur de la vie

⁷⁷¹. La reconnaissance de la dignité de la personne n'est subordonnée à aucune condition. Par exemple, elle ne dépend pas de la capacité du titulaire, toute personne, même incapable, devant pouvoir en jouir. L'article 415 du Code civil dispose ainsi depuis la loi du 5 mars 2007 que « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne* ».

⁷⁷². Si elle intéresse parfois la sphère privée de l'individu, elle reflète en revanche la dimension sociale de la personne. L. WEIL, La dignité de la personne humaine en droit administratif, in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), préc., p. 105.

⁷⁷³. C'est cette face de la dignité qui a notamment conduit à l'élaboration des Chartes et Conventions y faisant référence.

⁷⁷⁴. V° notamment sur une telle impossibilité de renonciation, CE, ass, 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, op. cit..

⁷⁷⁵. B. ÉDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), op. cit., p. 32.

⁷⁷⁶. CSP, art. L. 1110-2.

⁷⁷⁷. CSP, art. L. 1111-4 : « *Le médecin sauvegarde de la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie* ».

⁷⁷⁸. CSP, art. L. 1110-10 : « *Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage* ».

⁷⁷⁹. CSP, art. L. 3211-3 : « *Les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ».

⁷⁸⁰. Toute renonciation à la dignité est intolérable, puisqu'elle reviendrait pour le renonçant à s'exclure de l'humanité. V° en ce sens, B. ÉDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, op. cit., p. 32.

⁷⁸¹. V° en ce sens, R. KELLER, Droit au respect de la vie et droits du patient : la question de l'interruption d'un traitement, *RFDA* 2014. 255.

humaine. En somme, selon le sens de son appréhension, la dignité peut parfaitement, pour un même contrat, le légitimer ou justifier son illicéité.

243. L'effacement progressif de la dignité en soi. Néanmoins, si conformément à la définition de Boetius, l'homme est une « *substance individuelle de nature rationnelle* »⁷⁸², chacun constituant nécessairement une partie d'un tout : l'espèce humaine, il semble bien qu'en cas de conflit, la dignité en soi devrait en toutes hypothèses s'effacer devant celle pour soi. Il y a donc bien une légitime inquiétude à constater le contrebalancement croissant du rapport de forces entre les deux facettes du principe sous l'effet notamment du phénomène de contractualisation en droit des personnes.

2. L'affirmation de la valeur transcendantale modérée de l'être humain

244. La distinction de l'embryon et du fœtus. La dignité est donc la qualité qui caractérise toute vie humaine. Mais qui est précisément titulaire d'un tel droit à la vie ? La question n'est pas dénuée de tout intérêt dans la mesure où l'exigence du respect de la dignité semble devoir imposer certaines limites au phénomène de contractualisation en droit des personnes, notamment lorsqu'il est question de porter atteinte, par l'effet d'un contrat, à ce droit à la vie. À l'évidence, sa reconnaissance en faveur de la personne humaine ne saurait raisonnablement être niée. Mais qu'en est-il de l'embryon⁷⁸³, et du fœtus ?

245. Le statut de l'embryon. S'agissant tout d'abord de l'embryon, c'est-à-dire l'être humain aux prémices de son existence, celui-ci se voit-il en effet reconnaître un droit au respect de la dignité humaine⁷⁸⁴ ? À peine le regard porté sur la réalité contemporaine scientifique le doute émerge-t-il, tant celui-ci semble n'être appréhendé en bien des hypothèses que comme une simple chose. Il est vrai qu'il peut être manipulé, analysé par le truchement d'un diagnostic

⁷⁸². BOETIUS, *De persona Christi et duabus naturis*, c. 3. PL 64, 1343.

⁷⁸³. Sur le statut de l'embryon, v° notamment, R. THERY, La condition juridique de l'embryon et du fœtus, *D.* 1982, chron. p. 231 et s. ; P. KAYSER, Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée, *D.* 1989, chron. p. 153 et s. ; P. PEDROT, Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé, *JCP* 1991, I, 3483 ; X. LABBEE, Th. préc. ; C. NEIRINCK, L'embryon humain ; une catégorie juridique à dimension variable ?, *D.* 2003. 84.

⁷⁸⁴. Certes est-il de coutume d'affirmer que lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant à naître, il est réputé être né au jour de sa conception dès lors qu'il est ensuite né vivant et viable. Mais cette règle ne saurait être interprétée comme lui conférant en elle-même une dignité. Elle vise bien plutôt à ce qu'il puisse acquérir des droits successoraux. V° Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 7, pp. 14-15.

préimplantatoire. Il peut également être produit *in vitro*, et même devenir l'objet de recherches scientifiques. Mais au-delà, n'est-ce pas également, plus radicalement, sa destruction qui paraît aujourd'hui insidieusement tolérée ? La légalisation de l'interruption volontaire de grossesse⁷⁸⁵, par l'effet de la loi Veil⁷⁸⁶ de 1975 n'impose-t-elle pas une réponse affirmative, d'autant que ses conditions de mise en œuvre⁷⁸⁷ ont depuis été assouplies⁷⁸⁸ ? Il est vrai qu'il semble difficile d'en disconvenir entièrement, de sorte que l'embryon ne saurait être considéré comme une personne humaine, d'autant que cette acception paraît corroborée par le fait que la destruction fautive d'un embryon conçu *in vitro* par un établissement médical n'est source de préjudice que lorsque celui-ci faisait l'objet d'un projet parental⁷⁸⁹. Mais dès lors, s'il n'est pas une personne humaine, quelle est sa véritable nature juridique ? D'aucuns objecteront certes que cet appétit en la clarification est un lieu commun aux juristes empreint d'une excessivité manifeste, mais il est loisible de leur opposer d'emblée que celui-ci tend à une fin bien ordonnée, celle, dans le cadre de la présente étude, de la stricte délimitation des titulaires d'une dignité et donc au-delà, du phénomène même de contractualisation. Aussi un tel éclaircissement n'est-il nullement superfétatoire, puisque de celui-ci dépend l'étendue même de la licéité des contrats susceptibles de porter sur un embryon.

246. L'embryon : une personne humaine potentielle ? Le Comité consultatif national d'éthique a initialement soutenu que l'embryon est une personne humaine potentielle⁷⁹⁰ à laquelle le respect est dû quel que soit le stade de son existence⁷⁹¹. Si d'aucuns⁷⁹² ont défendu une telle acception, elle a en revanche également été pourfendue par certains détracteurs⁷⁹³,

⁷⁸⁵. Celle-ci donne par ailleurs lieu à un remboursement par l'organisme de Sécurité sociale depuis la Loi n° 82-1172, dite loi « Roudy », 31 déc. 1982, J.O. 1^{er} janv. 1983, préc.

⁷⁸⁶. L. n° 75-17, dite loi « Veil », 17 janv. 1975, J.O. 18 janvier, préc.

⁷⁸⁷. L. n° 93-121, dite loi « Neiertz », 27 janv. 1993, J.O. 30 janv., préc.

⁷⁸⁸. La loi du 4 juillet 2001 est venue porter le délai maximal pour la réalisation de l'avortement de pure convenance de dix à douze semaines, renforçant par là-même la reconnaissance d'un véritable droit à l'avortement en faveur de la femme : L. n° 2001-588 relative à l'interruption volontaire de grossesse, 4 juill. 2001, JO 7 juill. 2001, p. 10823. - *Adde* CC, déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *JCP* 2001, II, 10635, note C. FRANCK.

⁷⁸⁹. CAA Douai, 6 déc. 2005, *D.* 2006.1205, obs. crit. J.-Ch. GALLOUX ; *RJPF* 2006, n° 6, p. 10, note R. ÉGEA ; *RTD civ.* 2006.87, obs. J. HAUSER ; infirmant TA Amiens, 9 mars 2004, *D.* 2004.1051, note X. LABBÉE ; *JCP G* 2005.II.10003, note I. COPPART ; *RTD civ.* 2004.488, obs. J. HAUSER.

⁷⁹⁰. CCNE, avis n° 26, 24 juin 1991 sur l'assistance aux mourants.

⁷⁹¹. De même a-t-il précisé qu'il ne saurait être traité comme un déchet : CCNE, avis n° 89 du 22 septembre 2005, relatif à la conservation des corps des fœtus et des enfants mort-nés, préc., n° 6.

⁷⁹². V° notamment G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Ed. Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 463 et s.

⁷⁹³. G. MÉMETEAU, *La situation juridique de l'enfant conçu, De la rigueur classique à l'exaltation baroque*, *RTD civ.* 1990, p. 611.

notamment en ce qu'on est une personne ou on ne l'est pas, l'ambiguïté inhérente à une telle qualification masquant « l'absence d'un choix nécessaire »⁷⁹⁴. Il est vrai que l'emploi de ce qualificatif semble signifier que la personne n'est qu'une simple virtualité, mais qu'elle pourra, sous conditions, apparaître ensuite. Mais à l'inverse, le terme semble également pouvoir désigner une réalité toute autre, celle selon laquelle la personne ne serait pas actuelle, son existence étant en quelque sorte en sommeil⁷⁹⁵. À l'évidence, la nature juridique initiée par le Comité n'est pas sans prêter le flanc à la critique, cette dichotomie ambivalente étant indéniablement davantage une source d'interrogations que d'éclaircissements sémantiques. C'est ainsi qu'ultérieurement, reconnaissant implicitement cette hérésie, mais sans doute succombant surtout aux aspirations scientifiques contemporaines, il est ensuite revenu sur sa position en sacrifiant l'embryon au profit de ces dernières⁷⁹⁶. Pourtant, la nature juridique de celui-ci demeure toujours aussi incertaine, et le vide législatif en la matière n'est pas sans accroître son obscurantisme.

247. Une qualification dépendante du législateur. L'absence de prise de position expresse du juge européen n'est par ailleurs pas sans conforter les difficultés notionnelles. Si la Cour EDH a pu considérer que les personnes à naître n'étaient pas expressément exclues de la définition de l'article 2⁷⁹⁷, elle s'est en revanche prononcée, à l'occasion de l'arrêt *Evans c/ Royaume-Uni*⁷⁹⁸, sur le droit à la vie de l'embryon *in vitro*, considérant qu'en l'absence de consensus européen sur le début de la vie, chaque État membre doit se voir reconnaître en la matière une liberté d'appréciation. Aussi la protection de l'embryon relève-t-elle encore aujourd'hui de la loi nationale. Or, le législateur français étant demeuré silencieux sur sa nature juridique, il est évident que quelques lignes ne suffiraient point, ici aussi, à circonscrire avec précision une telle réalité. Certainement est-elle par ailleurs difficilement circonscriptible. Encore qu'il soit possible d'éclaircir significativement la perspective par un raisonnement a contrario de la licéité des actes permis sur celui-ci. Sans doute en effet la référence au délai légal de douze semaines imposé pour la pratique d'une interruption volontaire de grossesse

⁷⁹⁴. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacité – Protection*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 23, p. 28.

⁷⁹⁵. V° notamment, L. SÈVE, *Pour une critique de la raison bioéthique*, préc., p. 100 et s.

⁷⁹⁶. CCNE, avis n° 53, 11 mars 1997, sur la constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques et scientifiques ; CCNE, avis n° 67, 18 janv. 2000, sur l'avant-projet de révision des lois bioéthiques.

⁷⁹⁷. Comm. EDH, 13 mai 1980, X c/ Royaume-Uni, déc. et rapp. vol. 19, p. 244.

⁷⁹⁸. Cour EDH, 10 avr. 2007, aff. 6339/05, *JCP G* 2006, I, n° 164, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2007, II, n° 10097, note B. MATHIEU.

vient-elle confirmer que l'embryon n'est pas une personne humaine, puisqu'à défaut, une telle convention contreviendrait à l'évidence au respect qui lui est dû. Or, s'il n'est pas une personne humaine, il n'est pas non plus un être humain⁷⁹⁹, le Conseil constitutionnel⁸⁰⁰ considérant en effet que l'embryon *in vitro* doit être soustrait de l'application du principe selon lequel le respect est dû à chaque être humain dès le commencement de sa vie.

248. L'embryon : une simple chose ? Mais s'il n'est ni une personne humaine, ni un être humain, il est néanmoins incontestable qu'il ne saurait être conçu comme une simple chose, un bien sur lequel la personne disposerait de l'ensemble des attributs du droit de propriété et qu'elle pourrait soumettre à tous types de contrat. Est-il alors une chose sacrée ? Doit-il conduire à la création d'une catégorie intermédiaire entre la bipartition de la *summa divisio* ? Si le législateur n'apporte aucune précision, le statut de l'embryon, tel qu'il résulte de la loi du 7 juillet 2011⁸⁰¹ témoigne en revanche de la spécificité de celui-ci. Le texte prohibe en effet expressément le clonage humain reproductif⁸⁰² ainsi que la conception *in vitro* des embryons à des fins de recherche⁸⁰³, et encadre rigoureusement les expériences susceptibles d'être menées sur eux⁸⁰⁴. Il en résulte que si une certaine instrumentalisation de l'embryon existe à l'évidence, elle n'est cependant à ce jour totale. Est ainsi soulignée la singularité de l'embryon et la nécessaire limitation de l'emprise des volontés individuelles sur celui-ci.

249. Le statut du fœtus. Si sous l'effet des progrès techniques le statut de l'embryon interroge ainsi sans cesse davantage les juristes, celui du fœtus renvoie également aux mêmes problématiques. Encore ne faudrait-il pas croire que le débat afférent à la nature juridique de ce dernier soit une illustration supplémentaire de la postmodernité, même si elle participe à l'évidence à le réactiver intensivement. Des traces de celui-ci sont en effet décelables dès l'Antiquité. Cette période a ainsi vu s'affronter deux conceptions antinomiques, celle des stoïciens et celle des aristotéliens. Les premiers soutenaient que le fœtus n'était ni tout à fait

⁷⁹⁹. V° par exemple, CAA Douai, 6 déc. 2005, *D.* 2006, IR, 180, *op. cit.* - *Rappr.* notamment TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP G* 1994, II, 22250, note C. NEIRINCK – TA Amiens, 9 mars 2004, *D.* 2004, 1051, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2004, 483, obs. J. HAUSER.

⁸⁰⁰. CC, 27 juil. 1994, *op. cit.*, *RTD civ.* 1994, 831, obs. J. HAUSER ; *D.* 1995, 237, note B. MATHIEU.

⁸⁰¹. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, réaffirmant les principes énoncés précédemment par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et révisant la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 afférente au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, *op. cit.*

⁸⁰². CSP, art. L. 2151-1, renvoyant à C. civ., art. 16-4, al. 3 et à CSP, art. L. 2151-3 et 2151-4.

⁸⁰³. CSP, art. 2151-2.

⁸⁰⁴. CSP, art. L. 2151-5 ; Décret n° 2006-121, 6 févr. 2006, relatif à la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires.

un Homme, ni un être animé, celui-ci étant une *pars viscerum matris*, indissociablement liée au corps de sa gestatrice⁸⁰⁵. À l’opposé, les seconds retenaient au contraire sa potentialité d’être humain. Or, le législateur, ici aussi a fait preuve d’un manque d’audace évident puisqu’il ne définit nulle part la nature juridique du fœtus.

Il est néanmoins possible, là encore, de raisonner par une déduction a contrario des actes tolérés portant sur celui-ci. À cet égard, l’exigence légale du délai de douze semaines s’agissant de l’interruption volontaire de grossesse est particulièrement éclairante. Si avant ce terme, l’embryon ne jouit pas d’une dignité susceptible de faire échec au droit de la femme à solliciter une interruption volontaire de grossesse, il semble en être autrement du fœtus, c’est-à-dire postérieurement à celui-ci. D’aucuns soutiennent ainsi qu’après le terme de douze semaines, l’embryon devient fœtus, et accède alors au statut de personne humaine⁸⁰⁶. Une telle acception n’est par ailleurs pas incompatible avec la possibilité d’un avortement thérapeutique après la douzième semaine, puisque dès lors que l’intérêt de la mère, ou celui de l’enfant susceptible de naître atteint d’une affection d’une particulière gravité, l’exigent, une telle convention demeure parfaitement licite. Est en revanche exclue l’admission de l’interruption volontaire de grossesse de pure convenance impliquant qu’un certain degré de respect lui soit reconnu⁸⁰⁷. Néanmoins, une lecture attentive du Code civil permet de douter de la nature juridique de personne humaine du fœtus. La référence faite à l’être humain par l’article 16 du Code civil, semble en effet davantage le désigner. Encore convient-il de noter que si une certaine protection lui est due, elle ne saurait toutefois être égale à celle bénéficiant aux personnes humaines, et pour cause, puisqu’il n’a justement pas cette qualité. Sans doute le refus de la Cour de cassation⁸⁰⁸ de reconnaître l’incrimination d’homicide s’agissant de l’enfant à naître doit-il s’interpréter en ce sens. Plus précisément, a été instituée une cause d’irresponsabilité pénale⁸⁰⁹ au regard de la nature juridique du fœtus. Selon la même perspective, la Haute juridiction a également

⁸⁰⁵. Ph. CASPAR, *Penser l’embryon d’Hippocrate à nos jours*, Ed. Universitaires, 1991, spéc. p. 26.

⁸⁰⁶. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacité – Protection*, Précis Dalloz, préc., n° 24, p. 28.

⁸⁰⁷. CC, 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, considérant 5. « *Considérant qu’en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse (...) la loi n’a pas, (...° rompu l’équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d’une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d’autre part, la liberté de la femme* ».

⁸⁰⁸. Cass. crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 165 ; *JCP G* 2000, II, 10231, note G. FAURE. – Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. civ. ass. plén.* 2001, n° 8 ; *JCP G* 2001, II, 10569, rapp. P. SARGOS ; *D.* 2001, p. 2907, concl. J. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, 1456, note J. BONNEAU ; J. PRADEL, La seconde mort de l’enfant conçu, *D.* 2001, chron. p. 2907 et s.

⁸⁰⁹. Pour une critique de la décision, v° notamment J. SAINTE-ROSE, L’enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ?, *La semaine juridique*, Ed. G., 22 déc. 2004, n° 52, doctr. 194.

considéré que l'incrimination d'homicide involontaire ne pouvait s'appliquer à l'enfant qui n'est pas né vivant⁸¹⁰. En revanche, elle s'applique parfaitement à l'hypothèse d'un enfant né vivant même si celui-ci décède ensuite dans un délai très bref à raison des suites de l'accident dont il a été victime⁸¹¹. Autant dire que si la dignité est la valeur inhérente à la vie humaine, il semble bien qu'elle n'ait toutefois pas la même force suivant le stade de développement de l'être, et plus particulièrement, suivant si celui-ci n'est qu'au stade de la gestation ou qu'il est né vivant.

§ II. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE EXPLICATIF

250. La dignité est donc intrinsèquement liée à la vie humaine. Or, même si les définitions précises de ce caractère et de la valeur de son titulaire ne peuvent être raisonnablement avancées, encore convient-il de relever qu'une interprétation déductive réalisée à partir des règles et exigences dérivant du principe de dignité permet que soit révélé, si ce n'est la définition même de la personne humaine, à tout le moins son statut (A). C'est dire si les règles qui en sont issues jouissent d'une légitimité apte à faire oublier que le législateur intervient fréquemment à l'égard de la contractualisation en droit des personnes comme un « *prêche moralisateur* »⁸¹² (B).

A. La dignité humaine : un référentiel interprétatif

251. La révélation du statut de la personne humaine. Soutenir que la dignité est un référentiel interprétatif ce peut être faire écho à une interprétation transcendantale comme l'a dégagée le Professeur Mekki dans sa thèse⁸¹³. Mais si une telle acception n'ouvre guère la voie à la chicane, c'est toutefois un autre sens qui est ici privilégié. Plus précisément, si comme

⁸¹⁰. Cass. crim. 25 juin 2002, *D.* 2003, somm. 660, obs. F. PLANCKEE.

⁸¹¹. Cass. crim. 2 déc. 2003, *D.* 2004. 449, note J. PRADEL, *JCP* 2004, II, 10054, note A.-F. EYRAUD.

⁸¹². P.-Y. GAUTIER, Vers un ordre public humaniste : la dignité du cocontractant, *RDC* 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 523.

⁸¹³. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse dactyl. Paris 1, 2003, J. GHESTIN (dir.).

l'auteur l'a démontré, la dignité apparaît bien souvent comme un principe interprétatif permettant au pouvoir judiciaire de faire primer l'intérêt général sur celui particulier des contractants – la dignité est en effet objective et appartient à tous -, les développements retiennent plutôt ici ce caractère interprétatif comme la faculté de déduire a contrario des exigences légales bornant les contrats en droit des personnes le statut de la personne humaine. Autrement dit, puisque la dignité est à l'évidence la manifestation la plus topique de « *l'irréductible humain* »⁸¹⁴, les références qui y sont faites permettent que soit énoncé « *comment il faut traiter les êtres humains et comment il ne faut pas les traiter* »⁸¹⁵.

C'est ainsi par exemple que les principes de gratuité, d'anonymat et de périodicité qui entourent certains actes, tels les dons d'éléments et de produits du corps humain, renvoient implicitement au principe d'extra-patrimonialité du corps humain, et partant, à ceux du respect de la primauté de la personne et du respect de son intégrité physique, de sorte que l'humanité qui la caractérise impose qu'elle soit soustraite à tous processus de marchandisation. Un raisonnement similaire peut parfaitement être poursuivi à l'égard des différentes facultés de retrait ou de dédit existant dans certaines conventions afférentes à un attribut de la personnalité ou au corps de l'individu, celles-ci renvoyant à l'impérieuse nécessité que soit préservée, en toutes hypothèses, l'intégrité morale ou physique de la personne et sa liberté, et au-delà, son incommensurabilité. L'analyse peut être étendue à la prohibition de l'exécution forcée en nature des obligations éminemment personnelles irriguant les contrats en droit des personnes. Nul besoin de bercer dans la litanie pour entrepercevoir la vertu explicative⁸¹⁶ du principe de dignité. Sans permettre de définir la valeur de la personne humaine, elle la met toutefois en exergue en caractérisant les hypothèses susceptibles d'y contrevenir. La dignité est donc fondamentalement liée à la protection de l'immanence de l'individu. En ce sens, quoi de plus vertueux et légitime que d'y référer lorsqu'est justement en jeu l'humanité de la personne ? Manifestement rien d'autre. Encore importe-t-il que cette aura justifie une mobilisation centrée sur son objectif premier, et non destinée à faire de la dignité un simple référentiel légitimant l'immixtion des pouvoirs publics dans le mécanisme contractuel en droit des personnes.

⁸¹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., revue et augmentée, PUF, 2009, p. 208. - Adde, M. DELMAS-MARTY, Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain, *RSC*, 1994, p. 477.

⁸¹⁵ M. FABRE-MAGNAN, La dignité en Droit : un axiome, art. préc., p. 24.

⁸¹⁶ A. GOGORZA, La dignité humaine, in *Droits de la personnalité*, préc., n° 205, p. 121.

B. La dignité humaine : un référentiel légitimant

252. La potentielle instrumentalisation du principe. Nombre des hypothèses d'intrusion institutionnelle dans la sphère contractuelle en droit des personnes, ou de limitation de son extensivité, sont élaborées à partir du principe de dignité. Bien souvent la formation de l'acte est encadrée afin que soit assurée la dignité du contractant faible, tel étant notamment l'objectif poursuivi par les obligations d'information et de conseil à la charge des détenteurs du savoir, ou encore par l'imposition d'un délai de réflexion à la partie vulnérable. C'est ensuite la libre détermination du contenu qui peut être restreinte, en témoigne par exemple les obligations de gratuité et d'anonymat évoquées précédemment, les limitations encadrant les pouvoirs du mandataire de protection future, ou encore la règle de la spécialité du consentement. De même la dignité innerve-t-elle aujourd'hui la casuistique du prétoire, le juge corrigeant parfois les effets du contrat au nom de ce principe, et tel est le cas notamment lorsqu'il sanctionne un contrat qui y contreviendrait, ou écarte une clause contraire. Aussi n'y-a-t-il rien d'incongru à considérer que la mobilisation du concept de dignité, à s'en tenir à une analyse linguistique et sémantique, apparaît comme le référentiel le plus apte à légitimer le déploiement d'une tutelle institutionnelle au sein de la sphère contractuelle en droit des personnes. Quel autre principe serait en effet davantage à-même d'asseoir, sans rechignement aucun, un tel interventionnisme étatique ? En existerait-il un autre de plus vertueux ? À bien y regarder, seule une réponse négative paraît devoir s'imposer, tant l'aura dont jouit ce principe participe à affaiblir les voix des pourfendeurs les plus rigoureux du dirigisme, de sorte que le voile institutionnel se déploie sans cesse davantage sur l'acte contractuel par l'interface de ce concept légitimant. Entendue ainsi, la dignité apparaît à bien des égards comme « *l'instrument privilégié d'une moralisation du droit* »⁸¹⁷ destiné à contrôler les excès de la technicisation et de l'individualisation de la société, consubstantiels au phénomène de contractualisation en droit des personnes.

253. La légitimation de la résurgence de l'interventionnisme étatique. Mais n'y-aurait-il pas là une manière bien pernicieuse de justifier la résurgence d'un tel interventionnisme étatique ? La dignité serait-elle ainsi la voie privilégiée de l'« *entreprise antilibérale d'assignation de l'individu au respect de l'Humanité qui est en lui et le transcende* »⁸¹⁸ ? Ou

⁸¹⁷. O. CAYLA, Jeux de nains, jeux de vilains, in *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, G. LEBRETON (dir.), L'Harmattan, 1998, p. 155.

⁸¹⁸. O. CAYLA, Jeux de nains, jeux de vilains, in *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, op. cit., p. 155.

n'est-ce finalement que le strict corollaire de l'extension de la rhétorique contractuelle en des champs juridiques traditionnellement hors de son emprise, tel le droit des personnes ? Sans doute la réponse à chacune de ces questions contient-elle une part de vérité et de négativité. Quoiqu'il en soit, le principe de dignité bénéficie d'une attractivité certaine qui ne peut être ignorée. Mais encore convient-il qu'il n'aveugle pas les observateurs, et qu'il ne soit pas utilisé comme un simple moyen, alors qu'il est, et doit demeurer, la fin ultime du droit. Néanmoins, si sans tomber exagérément dans les lieux communs, il semble bien qu'il faille admettre que la dignité n'est autre qu'« *un prisme insaisissable* »⁸¹⁹ participant à satisfaire l'action étatique en droit des personnes, qu'elle soit générale ou relève du prêt-à-porter juridique⁸²⁰, elle demeure néanmoins une valeur-limite maintenant une certaine conception de l'humain. Droit de retrait unilatéral, faculté de dédit, spécialité du consentement, prohibition des engagements perpétuels, impossible exécution forcée en nature, sont autant de spécificités caractéristiques des contrats reçus par le droit des personnes, et participant à leur conférer une coloration intrinsèquement humaniste.

SECTION 2. L'IMPÉRATIVITÉ EXTRINSÈQUE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

254. La dignité : une règle générale. La dignité, de par son impérativité intrinsèque, est donc le plus haut rempart protégeant la forteresse humaine contre l'invasion des volontés contractuelles. Mais sa grandeur tient également à son impérativité extrinsèque dont elle est dotée. Plus précisément, comme tout principe, il est une forme de règle de droit. Et il est manifeste qu'un principe affirmé a vocation à être davantage respecté par ses destinataires. Sans doute dès lors la consécration expresse de la dignité de la personne humaine participe-t-elle à

⁸¹⁹. P. PEDROT (dir.), *Éthique, Droit et Dignité de la personne. Mélanges Ch. BOLZE*, Economica, 1999.

⁸²⁰. Elle est générale lorsque, assise sur la dignité de la personne, elle participe à contenir l'expansion du phénomène de contractualisation ; et elle relève du sur-mesure lorsqu'à rebours, ayant toléré un tel développement, elle tente de le contenir et d'en corriger les excès.

renforcer son impérativité, laquelle se propage ainsi désormais à tous les degrés de l'ordonnement juridique.

255. La diversification des pôles d'édition de la norme. Loin d'être un ordre monolithique, la régulation du phénomène de contractualisation en droit des personnes par le prisme du principe de dignité dépend en effet au contraire étroitement du polycentrisme des foyers du droit. Plus précisément, deux pôles distincts coexistent : l'un émettant des normes contraignantes, l'autre consacrant des règles dépourvues de toute sanction hétéronome et se développant aux frontispices de la juridicité. S'opposent ainsi la hard-law et la soft-law, ou plutôt – et les développements qui suivent doivent contribuer à le révéler - se complètent-elles lorsqu'il s'agit de tempérer et d'orienter le dynamisme contractuel en droit des personnes. En somme, en étant devenue une composante de la hard law (§ I), la dignité est sans cesse davantage mobilisée par la soft law (§ II) lorsqu'il s'agit de réguler le phénomène de contractualisation.

§ I. LA CONSÉCRATION EXPRESSE DE LA DIGNITÉ HUMAINE PAR LA HARD LAW

256. Une juridicisation récente. À cet égard, si le principe de dignité humaine irrigue depuis longtemps largement les textes internationaux⁸²¹ et communautaires⁸²², il n'a cependant fait une irruption formelle dans le droit français que très récemment à l'échelle du temps juridique, alors même que la dignité n'a cessé d'influencer les pensées des auteurs et des philosophes humanistes⁸²³ et personnalistes. Certes transparaissait-elle déjà en filigrane de

⁸²¹. V° notamment le préambule de la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945 affirmant dans son préambule : « *Nous, peuples des Nations Unies, Résolus (...) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine* ». – Adde l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, ou encore le préambule et l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966. V° aussi l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 disposant que « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

⁸²². V° notamment, La convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, adoptée le 4 avril 1997 par le Conseil de l'Europe, précise en son article 1 qu'il importe de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité. Sur celle-ci, L. DUBOUIS, La convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, *RTD sanit. et soc.* 1998, p. 211.

⁸²³. C'est au siècle des Lumières que le principe de dignité a trouvé une consécration philosophique.

diverses dispositions légales, telles l'interdiction de louer ses services à perpétuité, celle de conclure des pactes sur succession future, ou encore l'impossible exécution forcée des obligations de faire. De même la jurisprudence en faisait-elle, en certaines hypothèses, son fer de lance⁸²⁴. Mais face au risque d'affaiblissement du principe, sous l'effort conjugué des progrès techniques et scientifiques ainsi que de l'affirmation croissante de l'hyper-individualisme post-moderne, le choix a été fait par les pouvoirs publics de lui conférer une teneur beaucoup plus dense, par l'effet d'une consécration expresse, à la fois législative (A), et judiciaire (B), laquelle participe a priori à renforcer son impérativité, particulièrement lorsqu'elle est opposée aux volontés contractuelles en droit des personnes.

A. La consécration législative du principe de dignité humaine

257. L'inscription du principe de dignité dans le Code civil. Le principe de dignité s'est progressivement affirmé sous la plume du législateur⁸²⁵. S'agissant spécialement du droit des personnes, la première pierre à l'édifice a été portée par l'entremise des lois bioéthiques de 1994, lesquelles sont venues consacrer formellement la dignité de la personne humaine à l'article 16 du Code civil⁸²⁶ pour ensuite décliner ses implications. Ce texte affirme ainsi que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Mais une telle insertion du principe au frontispice de l'ouvrage participe-t-elle réellement à lui conférer un « *prestige bien supérieur* »⁸²⁷ ? À première vue, la réponse semble devoir être affirmative, puisqu'un principe affirmé apparaît manifestement plus respectable et respecté qu'un principe dilué. Une telle acception est d'autant plus vraie que l'alinéa 9 du même texte vient préciser que « *les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». Et la dignité trouve par ailleurs

⁸²⁴. Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, déc. préc.

⁸²⁵. V° notamment l'article 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. 1^{er} octobre, ou encore le chapitre V du Livre II du Code pénal consacré aux « *atteintes à la dignité de la personne* ».

⁸²⁶. À une « *présence informelle de la dignité de la personne humaine aurait succédé une consécration formelle.* » : N. MOLFESSIS, La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 115.

⁸²⁷. L. FAVOREU, Chronique de jurisprudence, *RFDC*, 1994, n° 20, p. 808.

également un prolongement, en ce qui concerne le droit des personnes, dans le Code pénal⁸²⁸ ou encore celui de la santé publique⁸²⁹.

Mais « prééminence » ne signifie aucunement suprématie intangible. Or, à bien y regarder de plus près, nul besoin de chercher bien loin dans le champ du droit positif, pour apercevoir, sur quelques chemins sinueux, certaines hypothèses conventionnelles dont la licéité peut légitimement susciter la curiosité, voire la méfiance, tant leur contrariété à la dignité de l'une des parties semble manifeste.⁸³⁰ Sans nul doute, dans une telle perspective, la consécration judiciaire de la valeur constitutionnelle du principe n'était-elle pas de trop.

B. La consécration judiciaire du principe de dignité humaine

258. La dignité : un principe constitutionnalisé. C'est ainsi que, sans se contenter d'être simplement le « *gardien du temple* » de la dignité, le Conseil constitutionnel⁸³¹ en est devenu l'« *architecte* »⁸³² en venant affirmer l'exigence du respect de la dignité humaine dans sa célèbre décision du 27 juillet 1994⁸³³. Si elle accède de la sorte au rang le plus élevé de la hiérarchie des normes, n'y aurait-il pas cependant quelques vicissitudes à inscrire ainsi dans le marbre du droit objectif un principe ontologique ? N'aurait-il pas été préférable qu'il demeure un principe méta-juridique ? Plus précisément, alors qu'aucune hiérarchie n'existe entre les principes à valeur constitutionnelle, une telle insertion paraît permettre une mise en conflit de la dignité avec d'autres exigences de même rang, tels la liberté d'expression ou le respect de la vie privée par l'effet d'un contrat. Autant dire que le principe de dignité risque de pâtir de l'onction suprême ainsi reçue dès lors que toute idée de supraconstitutionnalité est

⁸²⁸. V° notamment le chapitre 5 du Titre II, Livre II, consacré aux « *atteintes à la dignité de la personne* ».

⁸²⁹. V° notamment, CSP, art. L. 1110-2 créé par la loi du 4 mars 2002, précisant que « *la personne malade a droit au respect de sa dignité* ». – Adde l'article L. 1110-5, al. 2, prévoyant que le médecin doit assurer « *la dignité du mourant (...)* » ; et dans le même sens, l'article R. 4127-2 aux termes duquel le médecin doit exercer sa mission « *dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité* ».

⁸³⁰. Est-ce en effet entièrement conforme à l'incommensurabilité humaine que de tolérer des conventions de chirurgie esthétique, sans visée médicale, et dont les suites entraînent bien trop souvent des complications intolérables avec l'exigence du respect de l'intégrité physique de la personne ?

⁸³¹. Le juge communautaire aussi a pu affirmer son attachement au respect de la dignité puisque la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans son arrêt du 9 octobre 2001 a expressément indiqué qu'il incombe à la Cour, « *dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne.* » : CJCE, 9 oct. 2001, *Pays-Bas/Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, § 70.

⁸³². Y. AGUILA, Sur l'art de juger, *Droit et justice*, n° 24, p. 1.

⁸³³. CC, 27 juil. 1994, n° 94-343/344 DC, § 2 : « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ».

traditionnellement exclue du droit positif⁸³⁴. Aussi, alors que la dignité est communément supposée intangible et immuable, elle semble pourtant pouvoir être affaiblie, par l'effet de sa formalisation, lorsqu'elle entre en concours avec d'autres principes. Un exemple frappant peut être identifié dans la décision du Conseil constitutionnel du 27 juin 2001, où la dignité était confrontée à la liberté de la femme. Le Conseil a ainsi considéré que la loi portant allongement du délai d'interruption volontaire de grossesse « *n'a pas rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* »⁸³⁵. Une lecture rapide de la décision pourrait laisser penser que la dignité s'affaisse ainsi au profit d'autres principes ; elle aurait en quelques sortes perdu l'aura sacrée qui l'entourait jusque-là. Pourtant, une analyse plus approfondie de la sémantique juridique utilisée par le Conseil permet de révéler la persistance de son indérogabilité, à tout le moins, s'agissant de la personne humaine. En effet, il s'agissait ici de la dignité de l'enfant à naître, dont il a été démontré plus en amont que la valeur transcendante, certes affirmée et protégée, est pourtant moindre que celle reconnue à la personne humaine, celui-ci ne jouissant que d'une dignité en construction.⁸³⁶ Aussi, est-il permis que soient relativisées les craintes inhérentes à sa fixation objective, d'autant que la malléabilité du principe participe à accroître son effectivité protectrice à l'égard de la vulnérabilité humaine.

259. La déduction des droits fondamentaux. Dans sa décision de 1994, le Conseil constitutionnel a déduit de la dignité de la personne humaine, d'autres principes reflétant sa dimension ontologique. Rien de surprenant alors à ce qu'elle soit parfois⁸³⁷ présentée comme un « *principe matriciel* »⁸³⁸, c'est-à-dire comme étant la source d'un faisceau de droits fondamentaux.⁸³⁹ C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a déduit de la dignité divers droits, tels celui de la primauté de la personne, de l'inviolabilité du corps humain ainsi que sa non-patrimonialité, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, et enfin celui de

⁸³⁴. F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*, préf. X. PHILIPPE, PUAM 2005, T. I, p. 64.

⁸³⁵. CC, 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, considérant 5.

⁸³⁶. L. CASSIERS, La dignité de l'embryon humain, *RTDH*, (54/2003), p. 416.

⁸³⁷. Cette acception n'est pas partagée unanimement. *Contra*, v. notamment, D. TRUCHET, La dignité et les autres domaines du droit, *RFDA* 2015. 1094, *op. cit.*

⁸³⁸. B. MATHIEU, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme, *D.* 1995. 211

⁸³⁹. G. LEBRETON, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, in *Mélanges P. GELARD*, Montchrestien, 1999, p. 53.

l'intégrité de l'espèce humaine. Il s'agit ici de la dimension objective de la dignité, manifestant ce qu'il importe que les conventions respectent afin que l'individu ne renonce pas à son humanité⁸⁴⁰. Par exemple, l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps humain qui en sont déduites justifient la prohibition de la rémunération des donneurs de sang ou d'organes, ou encore celle des sujets d'expériences à finalité thérapeutique portant sur la personne humaine. De même le principe de primauté de la personne implique-t-il qu'elle ne soit jamais traitée comme une chose, justifiant ainsi la prohibition des conventions de gestation pour autrui. De même le droit à la vie qui est issu de ce même principe justifie-t-il que l'euthanasie active demeure en l'état du droit toujours exclue.

Et une analyse a contrario des principes qui en découlent permet que soient mis en exergue les contrats déshumanisants, lesquels ne peuvent, par principe n'être qu'illicites. Attenteraient ainsi, de manière insupportable, à l'incommensurabilité humaine, l'ensemble des contrats ayant pour effet de nier la primauté de la personne, le nécessaire respect dû à l'être humain dès le commencement de sa vie, de violer le corps humain et son intégrité, ou de conférer à celui-ci un caractère patrimonial. C'est dire si le principe de dignité participe encore à l'évidence à tempérer efficacement le déploiement de la rhétorique contractuelle en droit des personnes.

§ II. LA MOBILISATION DU PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE PAR LA SOFT LAW

260. Une influence indépendante de la contrainte. Le développement de la soft-law est un phénomène empiriquement observable en droit des personnes, et sauf à considérer qu'il ne crée aucune norme, celui-ci fait partie intégrante du droit positif. Certes, le critère de la juridicité de la règle serait la contrainte selon Kant, ou l'obligation selon Kelsen, et il est évident que les règles issues de la soft-law ne recouvrent pas une telle qualité. Pourtant, elles influent (A) indéniablement sur le droit positif, et particulièrement sur le dynamisme de la

⁸⁴⁰. B. ÉDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 32.

contractualisation en droit des personnes, de sorte que l'analyse de leur développement, sauf à paraître lacunaire, ne saurait être délaissée (B).

A. La diffusion de la soft law

261. Une opportunité incertaine. Si le principal outil concourant à la régulation du phénomène de contractualisation en droit des personnes, et prenant appui sur le principe de dignité, est le droit dur, il est évident que déferle depuis quelques années maintenant un véritable engouement doctrinal pour le droit mou, d'aucuns promouvant les intérêts et louant les bienfaits des règles para-juridiques. C'est que celles-ci semblent en effet participer d'un renouvellement de la structure de l'ordonnement juridique (1) utile à la prévention de toute atteinte à la dignité de la personne humaine par l'effet d'un contrat. Encore qu'il convienne de ne pas succomber à l'angélisme, sans doute aveugle, que ce foyer d'édiction de la règle serait sans vicissitude aucune (2).

1. La diffusion globale de la soft-law

262. Une approche nationalo-centrée ne rendrait à l'évidence qu'une vision parcellaire de l'étendue de la soft-law et de son influence sur la contractualisation en droit des personnes. Il est en effet particulièrement frappant de constater le développement croissant des règles de soft-law, tant en droit interne (1-1), qu'au niveau supra-national (1-2).

1-1. Au niveau national

263. Une diffusion articulée autour du principe de dignité. À côté du droit dur émerge en effet depuis quelques années un droit souple⁸⁴¹, « *normatif sans être contraignant, prescriptif sans être sanctionnable* »⁸⁴², caractéristique d'une mutation des « *textures du*

⁸⁴¹. C. VIGOUROUX, Du droit « mou » au droit « souple », *AJDA* 2013, p. 1825.

⁸⁴². C. VIGOUROUX, Du droit « mou » au droit « souple », *loc. cit.*, p. 1825.

droit »⁸⁴³. Il existerait ainsi, en quelque sorte, une « *échelle de la densité normative* »⁸⁴⁴, avec au sommet le droit très dur comprenant « *les valeurs de civilisation relatives notamment à la dignité et à l'identité de l'humanité* »⁸⁴⁵. Mais s'il a été dit que la dignité est topique des normes de la hard-law, elle l'est cependant tout autant des normes de la soft-law puisqu'en droit des personnes, celles-ci s'articulent principalement autour de ce principe supérieur. Nombreuses sont en effet les instances en droit interne qui émettent des avis, des recommandations, des règles déontologiques ainsi que des standards de bonne conduite, en structurant leurs préconisations à partir de l'exigence du respect de la dignité de la personne humaine, et des principes qui en sont issus, tel celui de l'inviolabilité du corps humain et de sa non-patrimonialité, ou encore le respect du droit à la vie. Aussi, depuis sa consécration formelle dans les années 90, le principe de dignité s'est très vite propagé pour innover de multiples et diverses règles hétérogènes, lesquelles participent à la construction et à la diffusion d'une éthique destinée à réguler le phénomène même de contractualisation en droit des personnes.

264. L'hétérogénéité des pôles d'édition des règles de soft-law. Prospèrent ainsi différentes règles morales, telles celles issues du Code déontologie médicale, mais également des sources scientifiques résultant notamment des protocoles établis et diffusés par la Haute autorité de santé (HAS). Dans la même perspective, diverses normes professionnelles sont élaborées par l'Ordre des médecins, de même que les CECOS émettent régulièrement des avis, tout comme les comités régionaux d'éthique rattachés aux CHU. Sont également prescrits par l'Agence nationale de sécurité du médicament ou encore le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), des standards de comportements, des recommandations de bonne pratique en fonction des données acquises de la science. Or, cette diffusion de normes para-juridiques n'est pas seulement topique du seul droit national, puisqu'elle submerge également le droit supra-étatique.

1-2. Au niveau supra-national

265. La prégnance du principe de dignité. Le respect de la dignité des personnes, particulièrement depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, a toujours constitué l'un des principaux, si ce n'est le principal, objectif du droit, tant international que communautaire. Le

⁸⁴³. C. THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599.

⁸⁴⁴. C. THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, *loc. cit.*, p. 607.

⁸⁴⁵. C. THIBIERGE, *Ibid.*

principe de dignité est ainsi depuis omniprésent. Aussi n'y-t-il rien de surprenant à ce qu'il innerve de manière croissante les différentes règles de soft-law susceptibles d'influer sur le phénomène de contractualisation en droit des personnes, certaines d'entre elles étant élaborées sur la scène internationale (a), d'autres provenant de l'ordre communautaire (b).

a. Au niveau international

266. La diffusion hétérogène du principe de dignité. Nombreuses sont en effet les sources renvoyant explicitement à ce principe. Sans témoigner ici d'une logorrhée, encore est-il possible d'évoquer notamment le préambule de la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945, lequel affirme que le peuple des Nations Unies proclame à nouveau sa foi « *dans la dignité et la valeur de la personne humaine* ». De même, le Déclaration universelle des droits de l'homme affirme-t-elle en son préambule que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Aussi, si affirmer que le principe de dignité a toujours occupé une place de premier ordre sur la scène internationale est à l'évidence un poncif, encore importe-t-il de mettre en exergue le rôle éminemment unique qu'il est appelé à jouer en matière de bioéthique⁸⁴⁶. C'est ainsi qu'il innerve notamment l'action de l'ONU en matière de biomédecine, celle-ci s'exerçant plus particulièrement par l'entremise de l'OMS et de l'UNESCO. Par exemple, La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme adoptée en 2005 dans le cadre de l'UNESCO fait de la dignité humaine la boussole des pratiques bioéthiques en étant « *le premier principe régissant l'entier domaine de la biomédecine* »⁸⁴⁷. Rappelant ainsi les principes fondamentaux applicables à la bioéthique, elle affirme notamment de la sorte, en son 3^{ème} considérant, que le rééquilibrage des pouvoirs de la science au profit des patients est une condition indispensable « *pour préserver la dignité de la personne et le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁸⁴⁸. Poursuivant le même objectif, avait été précédemment adoptée, le 11 novembre 1997, la Déclaration universelle sur le génome

⁸⁴⁶. R. ANDORNO, Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique : quel rapport ?, in *Journal International de Bioéthique*, 2010/4 Vol. 21, pp. 51-59.

⁸⁴⁷. R. ANDORNO, Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique : quel rapport ?, *loc. cit.*, p. 53.

⁸⁴⁸. C. BYK, La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme – La bioéthique, une utopie civilisatrice à l'ère de la mondialisation ?, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, Juill. 2007, var. 5, n° 18.

humain et les droits de l'homme, destinée à prévenir les manipulations génétiques susceptibles de mettre en danger l'identité et l'intégrité physique des générations futures. Et plus récemment a été adoptée le 16 décembre 2013, la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, laquelle a élaboré un corpus de règles afférentes à la collecte, au traitement, ainsi qu'à la conservation et l'utilisation des données génétiques. De même la Convention d'Oviedo⁸⁴⁹ fait-elle de la dignité humaine la clé de voûte du biodroit dont les nombreuses références⁸⁵⁰ participent à la reconnaissance de ce statut privilégié. Elle précise ainsi notamment en son article 3 que l'intérêt de l'être humain doit nécessairement primer sur le seul intérêt de la société ou de la science. Encore qu'il convienne de relever sa juridicisation récente suite à sa ratification⁸⁵¹ par l'État français par l'effet de l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 2011 sur la bioéthique. Si depuis elle fait certes partie intégrante du droit dur, elle a cependant exercé dès avant, alors même qu'elle ne relevait que de la soft-law, une influence certaine sur la régulation des biotechnologies et leur mise en œuvre.

Le prolongement de l'éthique médicale s'affirme enfin dans les prises de positions d'organisations professionnelles, telles l'Association médicale mondiale ou encore le Conseil des organisations internationales des sciences médicales⁸⁵², mais également par le prisme des recommandations émanant du Comité international de bioéthique, voire par l'effet des directives en attente de transposition.

b. Au niveau communautaire

267. La protection communautaire de la dignité. Le développement de la soft-law trouve également un écho retentissant sur la scène communautaire. Diverses instances non gouvernementales ainsi que différents organismes ont ainsi été créés, lesquels contribuent à dégager, ou rappeler, des principes généraux destinés à réguler les avancées scientifiques et

⁸⁴⁹. Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, adoptée le 4 avril 1997.

⁸⁵⁰. La dignité apparaît à trois reprises dans le préambule de la Convention, et se trouve aussi mentionnée en son article 1^{er} : « *Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales* ».

⁸⁵¹. A. MIRKOVIC, La ratification (enfin !) de la Convention Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, *D.* 2012, 110 ; D. THIERRY, La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, *RDSS* 2012. 839.

⁸⁵². C. BYK, La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme – La bioéthique, une utopie civilisatrice à l'ère de la mondialisation ?, *op. cit.*, n° 16.

biotechnologiques. Or, à l'évidence, le principe de dignité constitue ici aussi la clé de voûte de cette architecture nouvelle. Ont ainsi notamment été instaurés le Comité directeur de bioéthique rattaché au Conseil de l'Europe, ou encore l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé.⁸⁵³ À côté, différents textes rappellent cette exigence du respect de la dignité humaine, telle la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Certes a-t-elle intégré le champ de la hard-law consécutivement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, mais elle n'avait pas attendue cette consécration expresse pour être mobilisée par les juges de Strasbourg. Aussi, alors qu'elle ne relevait que de la soft-law, elle a pourtant participé au maintien de cette exigence.

2. La diffusion controversée de la soft-law

268. Dualité de motifs. Il n'y a rien de déraisonnable à supposer que le rappel incessant de l'exigence de dignité, à tous les stades de l'ordonnement juridique, participe, par la visée incitative qu'il recouvre s'agissant de la soft-law, à assurer l'effectivité de sa protection. Pourtant, ces règles para-juridiques ne dissimuleraient-elles pas quelques vicissitudes susceptibles de faire oublier leur objectif premier, voire, pis encore, d'y contrevenir ? En somme, participent-elles réellement efficacement à la régulation du dynamisme contractuel en droit des personnes ? Il est possible à ce stade d'en douter tant certains observateurs dénoncent avec fermeté leur absence de caractère coercitif (2-1), ainsi que le risque notable de leur instrumentalisation (2-2).

2-1. L'absence de caractère coercitif⁸⁵⁴ de la soft-law

269. L'absence de consensus entre les États. Ce qui distingue la soft-law de la hard-law c'est donc son absence de juridicité, ou plus précisément son défaut de caractère contraignant. Le droit souple propose, recommande, oriente, mais à aucun moment n'oblige les destinataires ou le pouvoir institutionnel à suivre les orientations ou préconisations ainsi

⁸⁵³. L'ANAES a pour mission « d'élaborer et de valider des recommandations de bonnes pratiques cliniques et des références médicales et professionnelles en matière de prévention, de diagnostic, de thérapeutique et de soins palliatifs » : art. L. 1414-2 2° du Code de la santé publique.

⁸⁵⁴. Encore qu'il convienne de préciser que certaines règles de soft-law accèdent au champ de la hard-law en étant consacrées par le législateur.

insufflées. Or, ainsi posée l'acception, c'est bien la pertinence même de la soft law qui est interrogée lorsqu'il s'agit de tempérer les volontés contractuelles en droit des personnes. Il est vrai que les émetteurs des règles de soft-law en droit international n'édicte que des principes généraux, dont l'application et la mise en œuvre dépendent exclusivement du bon vouloir des instances étatiques nationales. C'est dire l'incertitude qui entoure de telles règles para-juridiques puisque leur respect est donc strictement subjectif et subordonné à la volonté propre de chaque État de s'y conformer. Or deux problèmes majeurs en résultent alors nécessairement. Le premier écueil consubstantiel à l'absence de coercition est que les différents États peuvent avoir une vision différente de tel ou tel mécanisme. Les sensibilités et les cultures respectives de chacun d'entre eux justifient ainsi, par exemple, qu'aucun consensus n'existe s'agissant de la légalisation de l'euthanasie active, ou encore à propos de celle des contrats de gestation pour autrui. Or, de telles discordances sont à l'évidence source de nombreuses difficultés juridiques, telle celle inhérente au tourisme procréatif et à ses conséquences en termes de filiation.

270. L'imprécision des règles de soft-law. L'autre difficulté tenant à l'absence de caractère contraignant des règles de soft-law est l'imprécision qui peut s'en dégager. En ne permettant en effet qu'une adaptation conjoncturelle, mais non structurelle du droit⁸⁵⁵, il est ainsi permis de douter de son accessibilité par le justiciable. Plus précisément, comment les sujets de droit peuvent-ils raisonnablement savoir s'il convient de se conformer à de telles règles ? Si cette incertitude ne soulève aucune difficulté lorsque la règle de soft-law est identique à celle de la hard-law, l'assertion est en revanche bien différente lorsqu'elles diffèrent. Il n'est en effet pas déraisonnable de supposer qu'en certaines hypothèses, les destinataires des règles préféreront se conformer aux dispositions du droit souple, quitte à contrevenir à celles du droit dur. Ils n'y verraient par ailleurs sans doute aucun contournement de la loi, puisqu'il est parfaitement concevable qu'ils aient une croyance légitime en leur stricte égalité normative. Il semble bien ainsi que la nucléation de la soft-law n'offre pas toute la sécurité juridique susceptible d'être raisonnablement attendue et toute l'efficacité présumée à l'encadrement de la contractualisation en droit des personnes.

⁸⁵⁵. L. MAURIN, Colloque « Soft law et droits fondamentaux », CRJ Grenoble, les 4 et 5 févr. 2016.

2-2. La possible instrumentalisation de la soft-law

271. Une possible absence de légitimité de la règle. Au-delà, outre l'absence de caractère contraignant, la soft-law semble également, en certaines hypothèses, pouvoir être teintée d'une coloration politique certaine, redoutable et redoutée, accentuant encore davantage les incertitudes entourant sa diffusion. L'inter-normativité qui la caractérise justifie en effet que le droit souple soit soumis à un risque de voir son utilisation instrumentalisée par le pouvoir institutionnel, et donc *in fine*, détournée de ses fins premières⁸⁵⁶, particulièrement celle de la protection de la dignité humaine et de la régulation de la contractualisation en droit des personnes. Or, ainsi utilisé, il est évident que c'est l'humanité du contractant qui en ressortirait nécessairement affaiblie.

272. Une possible absence de légitimité des auteurs de la règle. Mais si la légitimité de la règle peut à bien des égards paraître douteuse, celle de ses auteurs peut également l'être. Par exemple, de nombreuses règles émanent de l'Ordre des médecins⁸⁵⁷, comme par exemple en matière de diagnostic prénatal avant que le législateur ne vienne expressément l'encadrer par l'effet des lois bioéthiques de 1994. Or, ces professionnels sont bien souvent opposés aux restrictions institutionnelles qui constituent parfois, selon eux, un obstacle bien trop rigide érigé contre les progrès techniques et scientifiques. Mais la légitimité des auteurs est parfois d'autant plus décriée que survient un incident sanitaire majeur, tel celui résultant de l'affaire dite du « Médiateur »⁸⁵⁸. Néanmoins, même si les caractéristiques de la soft-law ne sont pas sans soulever certaines problématiques, il est indéniable que l'attrait qu'elle suscite peut se justifier par ses effets bénéfiques pour le droit, et notamment pour le champ du droit des personnes.

B. Les fonctions de la soft law en droit des personnes

273. Normalisation et protection. Par la mobilisation du principe de dignité, la soft-law, en dépit de ses vicissitudes apparentes, contribue néanmoins à influencer le déploiement de la rhétorique contractuelle en droit des personnes. Les règles de droit souple, dont l'objet

⁸⁵⁶. L. MAURIN, Colloque « Soft law et droits fondamentaux », CRJ Grenoble, les 4 et 5 févr. 2016, *op. cit.*

⁸⁵⁷. Sur cet aspect, S. MALJEAN-DUBOIS, Bioéthique et droit international, in *Annuaire français de droit international*, CNRS Éditions, 2000, spéc. p. 84.

⁸⁵⁸. L. MAURIN, Colloque « Soft Law et droits fondamentaux », *ibid.*

est particulièrement large⁸⁵⁹, semblent en effet tout de même concourir à la régulation des avancées scientifiques en encadrant les conduites contractuelles potentiellement nouvellement à l'œuvre et participent de la sorte à garantir le respect dû à la personne humaine.

274. La facilité d'édition de la règle. Les règles de la soft-law ont en effet pour principal avantage de pouvoir émerger quasi instantanément dans le sillage des évolutions sociétales, la rapidité des réponses (1) qu'elle offrent en faisant un mécanisme utile d'anticipation de la hard-law (2) et partant, de régulation du phénomène contractuel en droit des personnes.

1. La moralisation instantanée de la contractualisation en droit des personnes

275. L'instantanéité des règles de soft-law. Jean Carbonnier, dans son *Traité d'introduction à l'étude du droit*⁸⁶⁰, distingue trois temps dans l'élaboration de la norme légale. Le premier réside dans l'aspiration au changement, et donc d'une loi nouvelle. Il s'en suit alors une période de réflexion quant à la détermination de son contenu, laquelle débouche sur le temps de sa formalisation écrite. Or, avec la technicisation toujours plus rapide et profonde de la société, le droit peine à s'adapter à la rapidité de l'évolution des faits⁸⁶¹, de sorte que le second temps du processus est bien souvent bafoué. Il est en effet une constante : celle de la lenteur des évolutions législatives ou jurisprudentielles là où le développement de la science appelle pourtant une rapidité excessive des réponses. Il y a donc un intérêt manifeste à recourir à ces dernières, lesquelles permettent ainsi d'anticiper l'action du législateur⁸⁶², laquelle ne peut émerger qu'après un temps de gestation significativement plus long. Elles participent ainsi, en

⁸⁵⁹. Il tend à l'encadrement des pratiques scientifiques et médicales portant sur le corps humain, mais vise également l'encadrement des processus emportant manipulations sur les animaux ou les végétaux. V° B. FEUILLET-LE-MINTIER, Normes nationales et internationales en bioéthique, in *Revue française des affaires sociales* 3/2002, n°3, spéc. p. 15.

⁸⁶⁰. J. CARBONNIER, *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, PUF, 5^{ème} éd., 1964.

⁸⁶¹. Cette rapidité justifie notamment que les dispositions législatives ne soient parfois adoptées qu'en vue d'être révisées ultérieurement en raison des avancées scientifiques. C'est ainsi que le conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994, par laquelle il a expressément consacré la valeur constitutionnelle du principe de dignité humaine, a indiqué qu'il statuait précisément « au regard de l'état des connaissances et des techniques ». Une telle formule peut surprendre lorsque l'on connaît l'exigence de sécurité attachée à la règle juridique. V° sur ce point, B. FEUILLET-LE-MINTIER, *op.cit.*, spéc. p. 17.

⁸⁶². Dans les années soixante, l'encadrement bioéthique était principalement l'œuvre du corps médical. B. FEUILLET-LE-MINTIER, *ibid.*

bien des hypothèses, à insuffler certaines évolutions législatives suscitées par la technicisation de la société et strictement nécessaires à la préservation de la dignité de la personne humaine.

2. La moralisation ex ante de la contractualisation en droit des personnes

276. Au niveau infra-étatique. Puisque les règles de la soft-law ont pour caractéristique commune de pouvoir émerger bien plus rapidement que celles de la hard-law, il n'y a rien de surprenant à constater qu'elles constituent en certaines hypothèses le préalable à la consécration du droit dur, et qu'elles l'inspirent même parfois significativement. Il est ainsi frappant de remarquer que de nombreuses et diverses règles de la soft-law précèdent les évolutions législatives que connaît le droit des personnes ces dernières décennies. Un bon exemple est celui du diagnostic prénatal qui s'est développé en France dès les années 70, ou encore celui des lois bioéthiques de 1994. Bien avant celles-ci, divers avis et consultations ont été rendus. C'est ainsi que différents rapports⁸⁶³ et avis⁸⁶⁴ ont notamment pu inspirer le législateur, et plus particulièrement, orienter la rédaction de l'article 16 du Code civil. La même logique s'est poursuivie avant chaque grande réforme législative, en attestent notamment les diverses consultations, rapports et avis rendus⁸⁶⁵ ayant précédé la promulgation de la deuxième grande loi bioéthique. Selon le même processus, préalablement à la loi bioéthique du 23 juin 2011 différents rapports ont été établis par l'Agence de biomédecine⁸⁶⁶ ou le CCNE⁸⁶⁷. Poursuivant le même objectif, différentes études ont également été menées, à l'image de celle rendue par le Conseil d'État⁸⁶⁸. La même logique continue par ailleurs de se déployer en témoigne les avis

⁸⁶³. CCNE, Rapp. de synthèse : recherche médicale et respect de la personne humaine, *Doc. fr.* 1998, précisant que chacun a droit au respect de son corps. - V° également le Rapport Mattéi qui, sans prendre parti sur la qualification juridique de l'embryon, précisait toutefois qu'il devait être respecté, puisque l'être doit nécessairement être protégé dès le commencement de sa vie : J.-F. MATTEI, *La vie en question, pour une éthique biomédicale*, Rapp. au Premier Ministre, *Doc. fr.* 1994.

⁸⁶⁴. CCNE, avis n° 21, 13 déc. 1990, sur la non-commercialisation du corps humain.

⁸⁶⁵. CCNE, avis n° 60, 25 juin 1998, relatif à l'assistance médicale à la procréation ; Rapp. CE, 1998, Réflexion sur le droit de la santé.

⁸⁶⁶. Agence de la biomédecine, Bilan de l'application de la loi bioéthique du 6 août 2004, Rapport au Ministre de la Santé, oct. 2008.

⁸⁶⁷. CCNE, Avis n° 105, Questionnement pour les états généraux de la bioéthique, 9 oct. 2008.

⁸⁶⁸. CE, La révision des lois de bioéthique, Rapp. du 9 avr. 2009, *La Doc. fr.* 2009.

récents⁸⁶⁹ du comité en vue de la prochaine révision de la loi de bioéthique devant intervenir en 2019.

277. Au niveau supra-étatique. Si les règles de la soft-law édictées au niveau national participent ainsi largement à guider l'action du législateur en droit des personnes, encore convient-il de relever que celles issues du droit international et communautaire exercent également une influence notable sur l'encadrement objectif des pratiques portant sur la personne humaine. S'agissant des textes internationaux, si assurément leur mise en œuvre dépend étroitement des seules volontés étatiques, il n'y a cependant rien d'incongru à considérer qu'ils participent, par la mise en exergue de principes universellement reconnus, tel celui du respect de la dignité, à accroître la protection de l'incommensurabilité de la personne humaine, par l'effet incitatif qu'ils peuvent avoir sur l'action des législateurs nationaux. C'est ainsi par exemple que l'Organisation Mondiale de la Santé a adopté diverses résolutions ayant à l'évidence influencé notamment la pratique des transplantations⁸⁷⁰.

De même le Conseil de l'Europe a-t-il pu influencer sur certaines évolutions, et contribuer ainsi à la protection des droits de l'homme. Tel a notamment été l'objectif poursuivi par la Convention d'Oviedo⁸⁷¹, celle-ci, rappelons-le, ayant déployé ses effets bien avant qu'elle devienne contraignante en droit interne. Ce texte est en effet venu instaurer diverses mesures destinées à protéger l'individu face aux progrès scientifiques. Il a par ailleurs été complété par deux protocoles additionnels, l'un en date du 24 janvier 2002, visant plus spécialement les greffes d'organes et de tissus d'origine humaine⁸⁷², l'autre adopté le 27 novembre 2008 et portant sur les tests génétiques réalisés à des fins médicales. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, la mise en exergue de la multiplicité des règles de la soft-law et l'hétérogénéité de leurs pôles d'édition témoignent d'une réalité juridique nouvelle dont l'influence pour l'encadrement du

⁸⁶⁹. V° par exemple CCNE, avis n° 129, 18 sep. 2018, « Contribution du comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019 », aux termes duquel il a réaffirmé son opposition à la légalisation de l'euthanasie mais s'est prononcé en revanche en faveur de l'ouverture de la procréation médicalement assistée à toutes les femmes.

⁸⁷⁰. Sur ce point, Agence de la biomédecine, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2014, p. 9.

⁸⁷¹. La France a ratifié cette convention ainsi que ses deux protocoles additionnels le 13 décembre 2011. Cette ratification a par ailleurs été retranscrite à l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, laquelle est entrée en vigueur par l'effet du décret n°2012-855 du 5 juillet 2012, préc.

⁸⁷². L'article 9 du protocole définit trois règles régissant les prélèvements d'organes effectués sur un donneur vivant, à savoir l'existence d'une finalité thérapeutique pour le receveur, l'absence de prélèvements d'organes et de tissus sur un donneur décédé, ainsi que l'absence de méthode thérapeutique alternative d'efficacité comparable.

phénomène de contractualisation en droit des personnes ne peut être ignorée. Sans doute la dignité de la personne humaine en ressort-elle renforcée et se trouve-t-elle davantage protégée.

278. Conclusion de Chapitre. De prime abord, il aurait pu apparaître de bon ton de soutenir que la contractualisation en droit des personnes participe à faire descendre la dignité de la personne de son piédestal tant l'incursion contractuelle dans ce champ juridique paraît antinomique avec son respect. Néanmoins, il a été démontré que la dignité résiste encore particulièrement bien aux assauts contractuels. Il est vrai qu'elle demeure à ce jour le plus haut rempart érigé à leur rencontre permettant ainsi qu'il ne soit jamais contrevenu au respect dû à la personne humaine par l'effet d'un contrat. Or, si la dignité apparaît ainsi toujours apte à canaliser le phénomène de contractualisation atteignant le droit des personnes depuis plusieurs décennies maintenant, c'est avant tout en ce qu'elle témoigne d'une double dimension, axiologique et symbolique⁸⁷³, laquelle participe à en faire le fer de lance de l'interventionnisme étatique et infra-étatique dans ce pan juridique.

279. La dignité : un principe déclaratoire. Renvoyant en effet au respect dû à la personne humaine, la dignité se révèle être un principe ontologique puissamment constitué, et dès lors, inévitablement constituant pour la contractualisation en droit des personnes. Plus précisément, la dignité jouit-elle d'une directivité consubstantielle à son impérativité. Celle-ci est tout d'abord intrinsèque, la dignité étant à la fois un principe axiologique mettant en exergue l'immanence humaine, mais également explicatif en ce qu'il permet, par une analyse a contrario des restrictions hétéronomes bornant le phénomène de contractualisation, de révéler le statut impératif de la personne auquel ne sauraient contrevenir les volontés contractuelles. Aussi, même si bien des approches intellectuelles du principe peuvent être poursuivies, la dignité en soi s'opposant à celle pour soi, chacune contenant par ailleurs sans doute une part de vérité et de mystère, l'important est qu'elle soit sans cesse respectée, toujours avec la même pudeur, lorsqu'elle est confrontée à la contractualisation en droit des personnes.

280. La dignité : un principe opératoire. À cet égard, l'inscription formelle de la dignité dans le droit objectif, et sa référence hétérogène à tous les degrés de l'ordre juridique,

⁸⁷³. Le principe de dignité de la personne humaine trouve en effet son fondement dans l'idée de création de l'homme conformément à l'image Divine. V° notamment en ce sens, M. GOBERT, Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), Economica, 1999, préc., p. 161.

contribuent à la maintenir à ce jour hors de portée des volontés contractuelles en droit des personnes. Néanmoins, une telle diffusion ne recouvrirait-elle pas insidieusement quelques vicissitudes ? Plus précisément, la reconnaissance d'une légitimité extrinsèque de la dignité ne peut-elle pas in fine conduire à l'affaiblissement de son impérativité intrinsèque ? Il est vrai que sa juridicisation, si elle semble à première vue renforcer l'aura qui l'entoure, paraît susceptible de produire les effets inverses de ceux escomptés. Plus précisément, son accession au rang de principe constitutionnel ouvre la voie dangereuse de sa confrontation avec d'autres principes de même rang. Sans doute la dignité souffrira-t-elle à l'avenir de sa mise en balance croissante, d'autant que sa malléabilité, de laquelle résulte une mobilisation effrénée, mais surtout parfois aveugle du principe, participe sans nul doute à accroître encore davantage le risque de sa dilution.

Encore que les craintes ainsi dénoncées puissent être raisonnablement tempérées puisqu'il a été démontré qu'en l'état du droit positif, le sanctuaire de la dignité demeurerait préservé de toute invasion contractuelle qui y contreviendrait. Il est vrai que le polycentrisme de sa mobilisation contribue à garantir l'étanchéité de son temple, la *hard law* n'étant en effet pas son seul gardien, puisqu'à ses côtés, la *soft-law* participe également à maintenir la vitalité du principe. Topique d'une diversification des foyers d'édition de la règle, c'est ainsi également le droit souple qui s'érige en un rempart supplémentaire protégeant la forteresse humaine contre les assauts contractuels en influant sur le développement des relations conventionnelles en droit des personnes. Aussi, en dépit de la vivacité des critiques de ses principaux pourfendeurs, la *soft-law* participe-t-elle, aux côtés de la *hard law*, à maintenir la transcendance de la dignité et mettre en exergue son impérativité en tant que principe ontologique. Et elle y contribue notamment en affirmant certaines prohibitions avant que le droit dur ne les proclame expressément. Autrement dit, le droit souple construit sur le principe de dignité est à la fois le préalable au droit objectif, mais aussi la mesure du déploiement des droits subjectifs en droit des personnes. Or, si tôt l'acception formulée, une évidence surgit : si le contenant importe, le contenu est tout aussi primordial. Plus précisément, alors même que le droit souple est dénué de tout caractère contraignant, sa construction étant assise sur la dignité contribue, *in fine*, à renforcer les fondations de son édifice.

CHAPITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE PROHIBITIF

281. La vocation défensive de la dignité. Si la dignité est « *une valeur limite* »⁸⁷⁴ paraissant être amenée, dans un avenir plus ou moins proche, à fluctuer, elle demeure toutefois à ce jour un impératif moral impliquant que nul ne puisse être appréhendé, tant par autrui que par lui-même, « *simplement comme un moyen, mais doit toujours être traité comme une fin en soi* »⁸⁷⁵. Aussi la dignité participe-t-elle à faire « *de l'homme l'alpha et l'oméga de la raison juridique* »⁸⁷⁶. Elle recouvre ainsi en quelque sorte, dans son versant négatif, « *une vocation défensive de la fragilité existentielle* »⁸⁷⁷ des personnes. Plus précisément, la mobilisation par les pouvoirs publics du principe de dignité à l'égard de la contractualisation en droit des personnes s'est traduite par la déclinaison de différentes prohibitions constituant autant de digues sur lesquelles viennent s'échouer les volontés contractuelles. En somme, la dignité impose ici un raisonnement en termes d'humanité et non de liberté. Chacun se souvient à cet égard de l'impératif catégorique formulé par Kant : « *Agis de telle sorte que traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin et jamais comme un simple moyen* »⁸⁷⁸. Et bien la dignité en est la manifestation ultime. La respecter implique de ne jamais instrumentaliser la personne, l'attirer vers le monde des choses, mais au contraire systématiquement la valoriser et maintenir son incommensurabilité. Aussi, préserver la dignité, c'est avant tout s'ériger contre les conventions susceptibles de déshumaniser le contractant vulnérable (Section 1) et les sanctionner afin que soit garanti le respect dû à la personne humaine (Section 2).

⁸⁷⁴. P. MARTENS, La dignité humaine : bonne à tout faire des cours constitutionnelles ?, *Ibid.*

⁸⁷⁵. E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu*, préc., § 38, 758.

⁸⁷⁶. A. ZABALZA, Introduction, in *Droits de la personnalité*, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *LexisNexis, Traités*, 2013, n° 84, p. 47.

⁸⁷⁷. A. ZABALZA, Introduction, in *Droits de la personnalité*, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *op. cit.*, n° 79, p. 4

⁸⁷⁸. E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1965, p. 150.

SECTION 1. LA PROHIBITION DES CONTRATS ATTENTATOIRES

À LA DIGNITÉ HUMAINE

282. Garantir le respect dû à la personne humaine, c'est avant tout faire obstacle à toutes conventions susceptibles de porter atteinte à la dignité de l'un des contractants. En somme, doivent être prohibés l'ensemble des contrats y contrevenant (§ I), étant relevé toutefois leur dichotomie caractéristique (§ II).

§ I. L'AFFIRMATION DE LA PROHIBITION

283. Limitation objective du contenu contractuel. Le législateur a toujours entendu borner les volontés contractuelles. À cet égard, depuis le Code Napoléon, quatre conditions de validité étaient exigées lors de la formation du contrat : l'échange des consentements⁸⁷⁹, la capacité des parties à s'engager, ainsi qu'un objet certain et une cause licite. Si les deux premières conditions ont été maintenues par l'ordonnance de février 2016, il est en revanche assez singulier de constater l'abandon des notions de cause licite⁸⁸⁰ et d'objet certain⁸⁸¹ au profit de celle englobante de « *contenu* » licite et certain⁸⁸². Un tel changement terminologique a pour mérite de référer à l'entière réalité sur laquelle s'établissent les effets de droit. Celui-ci englobe

⁸⁷⁹. Les vices du consentement demeurent les mêmes. Néanmoins, s'agissant de l'erreur, le concept d'erreur sur la substance même est remplacé par celui d'erreur sur les qualités essentielles de la prestation. En outre, afin de protéger les contractants faibles, l'ordonnance a introduit un nouveau cas de violence constitué de l'abus de l'état de dépendance. V° C. civ. art. 1143 nouv., qui dispose que « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

⁸⁸⁰. Si la cause est abandonnée expressément, elle se retrouve néanmoins de manière diluée dans certaines dispositions nouvellement consacrées. Il en va notamment ainsi du nouvel article 1167 qui frappe de nullité les contrats conclus à titre onéreux et ne comportant qu'une contrepartie dérisoire ou illusoire, ou encore l'article 1168 disposant que le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité dans les contrats synallagmatiques sauf à ce que la loi en dispose autrement.

⁸⁸¹. Ces deux notions sont remplacées par celle de « *contenu* » du contrat.

⁸⁸². C. civ., art. 1128.

en effet aussi bien l'*instrumentum* que le *negotium* des parties⁸⁸³. De part cette absorption⁸⁸⁴, le terme « contenu du contrat » englobe d'une part l'objet réel, mais également l'ensemble des prescriptions auxquelles celui-ci doit répondre⁸⁸⁵. Pour illustrer ce phénomène, prenons pour exemple le don de sang. L'objet réel de l'acte n'est autre que le sang du donneur, produit corporel, lequel doit en revanche nécessairement être transmis à titre gratuit, et de manière anonyme. En ce sens, le contenu du contrat contient deux volets : un descriptif, correspondant à la description de l'objet réel, et un prescriptif⁸⁸⁶, renvoyant aux exigences légales rendant licite l'opération envisagée. Le contenu englobe ainsi divers aspects, certains relevant de l'ordre public ou de la justice commutative. Or, ceux relevant de l'ordre public, tel le respect de la dignité de la personne humaine, impliquent que des contrats qui y contreviendraient ne puissent légitimement prospérer. En somme, un contrat ne pourra émerger que lorsque son contenu sera licite et donc conforme aux prescriptions de l'ordre public de direction. Est ainsi instituée, par le prisme du principe de dignité, une limitation objective de la libre déterminabilité par les parties du contenu obligationnel de l'acte (A), laquelle est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts supérieurs en jeu (B) potentiellement malmenés par la contractualisation en droit des personnes.

A. L'affirmation de la prohibition par le prisme de l'encadrement objectif de la déterminabilité du contenu des contrats

284. Prohiber les contrats déshumanisant, c'est avant tout renvoyer à l'exigence de licéité du contenu de l'acte (1), lequel doit impérativement respecter les contours de l'ordre public de direction (2).

⁸⁸³. Voir notamment, V. FORTI, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *LPA*, 31-10. 2014, n° 218, p. 6, spéc. n° 1.

⁸⁸⁴. Sur les motifs de ce phénomène : V. FORTI, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *op. cit.*, n° 7 et s.

⁸⁸⁵. V. FORTI, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *op. cit.*, n° 3.

⁸⁸⁶. V. FORTI, *ibid.*

1. L'exigence nouvelle d'un contenu licite

285. Clarification sémantique. Exiger que le contrat ait un contenu licite signifie que lorsqu'il porte sur un attribut extrapatrimonial de la personne, celui-ci n'est pas automatiquement nul en raison de son objet, mais le sera en revanche en cas de contrariété aux règles d'ordre public régissant le droit des personnes. Autrement dit, lorsque le législateur limite la transmission du sang à la gratuité, cela ne signifie nullement que le sang est illicite, mais que sa vente l'est. De même, lorsque la jurisprudence affirme la contrariété des contrats de gestation pour autrui à l'ordre public, elle indique implicitement que le contenu de l'acte est illicite, mais non son objet réel, à savoir le corps humain.⁸⁸⁷ L'objet réel ne saurait ainsi être illicite, alors que peuvent l'être les effets juridiques souhaités par les parties.⁸⁸⁸ Sur ce point l'évolution sémantique opérée par la réforme de février 2016 a le mérite d'instiguer un surcroît de clarté dans l'appréhension des contrats innervant le droit des personnes.

286. Autres changements terminologiques. Encore que les évolutions ne s'arrêtent pas là : d'autres changements terminologiques ont en effet une importance notable pour ce champ juridique, mais également pour le droit des contrats même. Ainsi en est-il de la substitution suivante : à l'interdiction antérieurement faite à l'acte de déroger à l'ordre public⁸⁸⁹ par son contenu - et donc son objet - est affirmée cette même prohibition au regard des « stipulations » et du « but » du contrat⁸⁹⁰. Conjuguée à la suppression de l'article 1128 et de la référence aux choses hors commerce, cette nouvelle disposition contribue à s'extraire des carcans de la délicate question de la validité des actes portant sur le corps humain. Plus précisément, en ne faisant plus référence au contenu de l'acte, mais bien à son but, peu importe que le corps humain soit qualifié de personne ou de chose⁸⁹¹, l'acte sera valable dès lors qu'il

⁸⁸⁷. V. FORTI, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *ibid.*

⁸⁸⁸. V. FORTI, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *ibid.*

⁸⁸⁹. La suppression de la référence aux bonnes mœurs par la réforme pourrait, de prime abord, laisser croire à un regain du principe de l'autonomie de la volonté. Mais nul ne conteste plus aujourd'hui sa dilution dans l'ordre public, et plus particulièrement dans la notion de dignité humaine, cette dernière pouvant constituer un bornage efficace de la liberté contractuelle. V° sur ce point, Y. LEQUETTE, Libres propos, *Annuaire de l'Institut M. VILLEY*, 2012, Vol. 4, spéc. p. 153.

⁸⁹⁰. C. civ., art. 1162 nouv. Sur cet aspect, v° notamment M. MEKKI, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *D.* 2016. 494, spéc. n° 18.

⁸⁹¹. Sur la qualification du corps humain, v° notamment, X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, PU Lille, 1990 ; P. JOURDAIN, Le corps humain peut être une chose au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, *RTD civ.* 1991. 124 ; J.- P. BAUD, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Ed. Seuil, 1993 ; G. LOISEAU, Pour un droit des choses, *D.* 2006. 3020 ; M. CORNU, Le corps humain au musée, de la personne à la chose ?, *D.* 2009. 1907.

recouvre un intérêt individuel ou collectif et qu'il ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public, et notamment au respect de la dignité humaine.

287. Les écueils de la réforme du droit des obligations. Il semble en revanche regrettable que l'ordonnance n'ait pas entendu reprendre les termes du projet Terré desquels était issue une prohibition supplémentaire : celle de l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux, sauf à ce qu'elle soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime⁸⁹². Une telle acception aurait permis de conforter le processus de fondamentalisation du droit⁸⁹³ déjà en marche depuis plusieurs années, et la nécessité de sauvegarder la dignité de la personne humaine. Faute d'une telle mention, sans doute les droits fondamentaux se trouvent-ils intégrés à l'ordre public et protégés à cet égard. Mais dès lors toute atteinte à l'un d'entre eux semble impensable. Or, nombre d'accords mettent en jeu des droits fondamentaux, tel celui du respect de l'intégrité physique de la personne ou de son intégrité morale, de sorte qu'à l'évidence certaines atteintes existent. Aussi la mention d'une possible contrariété à ceux-ci, sous réserve de proportionnalité et de légitimité aurait sans nul doute permis à la réforme d'être davantage réaliste et conforme à l'état du droit positif.

2. La conformité du contenu obligationnel aux dispositions d'ordre public

288. Évolution de l'ordre public de direction. Pour être valable, tout contrat se déployant en droit des personnes doit donc avoir un contenu licite et partant, ne contrevenant pas à l'ordre public dont la dignité de la personne humaine, rappelons-le, est une composante essentielle. En somme, celle-ci constitue un impératif d'ordre public limitant les volontés contractuelles- si ce n'est le principal - puisqu'à l'évidence, « *le respect des valeurs humaines fait partie, naturellement, de l'ordre public* »⁸⁹⁴, lequel implique que les contrats qui y contreviendraient ne puissent légitimement prospérer en droit des personnes. Néanmoins, sitôt l'acception posée une question émerge : l'étude de la contractualisation en droit des personnes ne devrait-elle pas raisonnablement témoigner du déclin progressif mais néanmoins constant de l'ordre public de direction ? Plus précisément, la licéité de certaines conventions, hier

⁸⁹². Sur ce point, M. MEKKI, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, préc., spéc. n° 35- 36.

⁸⁹³. Sur la relation contrat- droits fondamentaux, v° notamment, L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, 2012.

⁸⁹⁴. R. SAVATIER, Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, in *Mélanges V. GOTHOT*, Liège 1962, p. 567 s., spéc. p. 585 et 587.

prohibées, ne traduirait-elle pas en effet un affaiblissement de l'ordre public prohibitif⁸⁹⁵ et partant, du principe de dignité même ? S'il est manifeste qu'un tel délitement ne peut être totalement occulté, en témoigne à l'évidence le nombre sans cesse croissant de conventions innervant le droit des personnes (2-1), il convient toutefois de relativiser la portée du déclin ainsi annoncé à l'égard du respect dû à la personne humaine (2-2).

2-1. Le déclin progressif de l'ordre public de direction consubstantiel à la contractualisation en droit des personnes

289. Le déclin supposé de l'ordre public de direction. De prime abord, il est légitime de se laisser envahir par l'intime conviction qu'en droit des personnes, plus qu'ailleurs encore, l'ordre public est appelé à occuper une place de premier ordre, tant laisser libre cours aux contractants serait abandonner la détermination de leur condition aux seules aspirations et complexions personnelles de chacun, potentiellement antinomiques et contraires à celles de la communauté humaine. Rien de surprenant alors à ce qu'initialement, il ait été dans ce champ essentiellement prohibitif puisqu'« *ici, plus qu'ailleurs, l'ordre public est la règle. Il préserve la liberté et l'intégrité des personnes. Il fixe également les contours de leur condition juridique* »⁸⁹⁶. Aussi, initialement d'essence dirigiste, l'ordre public de direction constitue un arsenal d'interdictions et de restrictions limitant l'expansion des volontés individuelles, sous couvert de l'intérêt général, et plus précisément de la dignité objective. Mais alors que sous la poussée de l'hyper-individualisme caractéristique de la période post-moderne⁸⁹⁷, le pouvoir des volontés s'est sensiblement accru jusqu'à atteindre le droit des personnes⁸⁹⁸, il semble « *de bon*

⁸⁹⁵. L'ordre public se présente ainsi comme une « *notion circonstancielle et tributaire des données factuelles* » : P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Préf. De F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, n°29.

⁸⁹⁶. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V° Ordre public et bonnes mœurs, mars 2004, n° 90.

⁸⁹⁷. Il en résulte que la situation des individus se trouve désormais déterminée par la reconnaissance et la mise en œuvre de droits. Autrement dit, le gouvernement ne raisonne plus en termes d'intérêt général à long terme, dans une visée de cohésion sociale durable, mais en termes de droits particuliers et immédiats reconnus aux différents individus et groupes : V° en ce sens A.-M. LE POURHIET, Sur le projet de loi ouvrant le mariage au couple de même sexe. Les objections juridiques et les objections rationnelles et philosophiques, *Politique* Autrement, Novembre 2012, selon qui « *ceux-ci présentent leurs exigences tyranniques sous forme de « droits » illimités et ne supportent plus qu'on leur oppose la moindre borne.* » La post-modernité a ainsi été le siège – et l'est par ailleurs toujours – d'un phénomène de subjectivisation du droit, caractéristique de la « *pulvérisation du droit en droits subjectifs* » : J. CARBONNIER *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 121.

⁸⁹⁸. V° sur ce point, J.-J. LEMOULAND et P. MURAT, Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille Aspects de droit civil extrapatrimonial, in *Les détournements en droit des personnes et de la famille, Dr. et patr.* 2011, p. 209 et s., selon qui « *on le sait, le droit des personnes et de la famille s'est largement ouvert aux*

ton de soutenir désormais que l'ordre public des personnes serait en régression puisque le mot d'ordre serait de laisser le plus possible l'individu libre de disposer de sa personne »⁸⁹⁹. Aussi, si certains interdits demeurent⁹⁰⁰, les limites impératives de l'ordre public de direction paraissent avoir été repoussées⁹⁰¹, en atteste par exemple l'admission toujours plus grande de conventions portant sur le corps humain ou sur un attribut de la personnalité, voire même de manière plus surprenante, relativement à la capacité de la personne.

2-2. La relativisation du déclin de l'ordre public de direction en droit des personnes

290. Motifs de la relativisation du déclin de l'ordre public de protection. Encore que deux motifs principaux permettent que le constat soit tempéré : d'une part, en ce que certains accords de volontés ont existé auparavant⁹⁰², et d'autre part, en ce que les droits visés par ceux-ci apparaissent toujours aussi indisponibles qu'avant⁹⁰³, si ce n'est plus encore⁹⁰⁴. Il est vrai que

volontés et aux alternatives », et d'ajouter qu' « il n'est plus un secret que le droit des personnes et de la famille a connu depuis plusieurs décennies un mouvement d'évolution tendant à accorder une place plus importante aux volontés individuelles au détriment de l'ordre public, ou du moins d'un certain ordre public qualifié traditionnellement de direction. Depuis les années soixante, toutes les réformes qui sont intervenues ont ouvert des options dans des domaines où il n'existait généralement auparavant qu'une seule voie, voie qu'il fallait détourner si l'on ne s'en satisfaisait pas ». – Adde, A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés*, préc., n° 10, selon qui le droit des personnes « est indiscutablement moins rigide, plus souple qu'autrefois... » et d'ajouter que « les compromis se multiplient ; on ne peut plus dire comme autrefois qu'il constitue un droit entièrement d'ordre public ». – Adde également, J. HAUSER, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ?, in *Réflexions croisées, Majeurs protégés : retour sur une réforme d'envergure*, *Rev. Lamy droit civil*, 2011, p. 83 et s. Pour cet auteur, « si le recul de l'ordre public de direction augmente d'autant l'aire de jeu de la volonté, on aurait tort d'en déduire que la nouvelle théorie générale se bornerait à une sorte de revanche de la liberté des conventions sur des siècles d'ordre public ».

⁸⁹⁹. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs, V° Ordre public des personnes et de la famille, Rép. de droit civil*, 2015

⁹⁰⁰. La maternité de substitution demeure, en l'état du droit positif, toujours prohibée, tous les contrats emportant substitution de mère sont nuls. V° sur ce point, Ch. ATIAS, *Le contrat de substitution de mère*, *D.* 1986, chron. p. 67. – Adde pour la consécration jurisprudentielle de cette prohibition, Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *D.* 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *JCP G* 1991, II, n° 21752, comm. J. BERNARD, concl. DONTENWILLE, note F. TERRÉ ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *Deffrénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, censurant CA Paris, 15 juin 1990, *JCP G* 1991, II, n° 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU. – Adde pour une réaffirmation de la prohibition, Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.927, *RLDC* 2004/2, n° 72, *Dr. fam.* 2004, n° 17, p. 21, obs. P. MURAT.

⁹⁰¹. J. MASSIP, *Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille, Deffrénois* 1990, p. 149.

⁹⁰². M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Ed. Paradigme droit, préc., n° 58, p. 118 et s.

⁹⁰³. Si la volonté a désormais prise sur certains attributs de la personne ou droits de la personne, celle-ci ne saurait cependant y renoncer définitivement.

⁹⁰⁴. Auparavant, alors que le nom ne recouvrait qu'une fonction d'identification sociale, mais non encore de police civile, aucun contrôle de l'État n'était opéré sur les changements de nom, l'intervention étatique en la

le droit objectif veille à ce que le contenu contractuel n'ait pas pour effet de distendre à l'excès le lien d'intimité existant entre le titulaire de l'attribut extrapatrimonial et ce dernier, pour au-delà maintenir l'indisponibilité des éléments de la commune dignité. À cet égard, le législateur tient en échec les engagements illimités (a), de même qu'il impose que le consentement du titulaire de l'attribut soit nécessairement spécial (b).

a. L'exclusion des engagements illimités

291. La nécessaire délimitation temporelle du contrat. Afin que soit préservée la dignité du contractant vulnérable, il importe que l'engagement de celui-ci ne soit jamais perpétuel. La jurisprudence est à cet égard particulièrement vigilante aux accords conclus relativement à un attribut extrapatrimonial de la personne, et veille plus spécialement à ce que leurs clauses n'emportent pas aliénation de la liberté du titulaire. C'est ce qu'exige la Cour de cassation⁹⁰⁵ lorsqu'elle considère que les stipulations contractuelles doivent explicitement et impérativement mentionner « *les limites de l'autorisation donnée quant à sa durée* ».

292. La prohibition des engagements perpétuels. Sont ainsi prohibés les engagements perpétuels, c'est-à-dire ceux pour lesquels aucun terme extinctif n'est prévu au contrat, et auxquels doivent être assimilées les autorisations illimitées d'exploitation d'un attribut de la personnalité⁹⁰⁶. Il importe par ailleurs de souligner que depuis la réforme du droit des obligations intervenue en février 2016⁹⁰⁷, la prohibition a intégré expressément la matière du droit commun des contrats, celle-ci figurant désormais à l'article 1210 du Code civil. Or, avant celle-ci, aucune section n'était consacrée à la temporalité du contrat, cette lacune pouvant néanmoins raisonnablement s'expliquer par le modèle du contrat sur lequel était construit le Code de 1804. Il a en effet été dit plus en amont que la seule manifestation connue à l'époque était l'exemple du contrat de gré à gré, autrement dit un acte à exécution instantanée, pour lequel aucune question de durée ne se posait. Il y a donc là un signe supplémentaire de l'évolution du modèle contractuel induite par son absence de staticité, et le nécessaire alignement progressif

matière constituant « *un phénomène nouveau et de grande conséquence pour l'histoire du nom* » : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Le nom. Droit et histoire*, PUF, Léviathan, Paris, 1990, p. 121 et s.

⁹⁰⁵. Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n° 07-19.494.

⁹⁰⁶. Pour un accord portant sur le droit à l'image, Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2010, n° 08-70.248.

⁹⁰⁷. G. CHANTEPIE, La durée du contrat – 1^{ère} partie – Projet, articles 1211 à 1213 du Code civil, *Daloz, Blog de la réforme du droit des obligations*, 2015.

du régime établi en 1804 sur la figure contemporaine. Encore que, même si le Code civil ne prévoyait pas expressément une telle prohibition, celle-ci prévalait toutefois déjà, la Cour de cassation l'ayant déduit inductivement de certains textes spécifiques, tel l'ancien article 1780, alinéa 1^{er} du même Code, prohibant le louage de service⁹⁰⁸ à vie puisqu'imposant qu'une personne ne puisse « *engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* ». Cette exigence transparait également des dispositions de l'article 1709 interdisant les baux perpétuels⁹⁰⁹. Dans une perspective similaire, le Conseil constitutionnel a également considéré que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement, par l'un ou l'autre des contractants [...]* »⁹¹⁰.

293. Une prohibition protectrice du contractant vulnérable. À l'évidence, le droit utilise de la sorte des délais pour garantir la protection des droits subjectifs de la personne⁹¹¹ dont l'attribut participe de l'objet du contrat, et donc au-delà son intégrité, sa liberté et, plus largement encore, sa dignité⁹¹².

Les juges s'érigent ainsi par exemple contre les clauses à durée illimitée qui auraient notamment pour effet d'annihiler la liberté de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, et partant, de dangereusement attenter à son intégrité morale⁹¹³. C'est ainsi que l'autorisation d'exploitation de l'attribut ne saurait être perpétuelle⁹¹⁴, sauf à ce que le titulaire en perde la maîtrise, ce qui est à l'évidence contraire à l'indisponibilité des droits de la personnalité. De même les juges rejettent-ils les accords emportant l'abandon à un photographe d'un « *droit absolu et irrévocable, illimité dans l'espace et dans le temps, de reproduction, de cession et de publication de clichés [ceci] portant atteinte au respect des droits de la personnalité* »⁹¹⁵ du

⁹⁰⁸. Cass. civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380.

⁹⁰⁹. Cass. civ., 20 mars 1929, D. P. 1930, 1, p. 13.

⁹¹⁰. C.C., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

⁹¹¹. Cass., Rapp. 2014, Études – Le temps, Le rôle de la durée dans la protection des droits.

⁹¹². Un parallèle peut ici être opéré avec le droit des sociétés, pour démontrer que cette exigence irrigue l'ensemble du droit. En effet, lorsqu'un dirigeant ou un associé se porte caution des dettes de la société, et que cette garantie ne comporte aucun terme extinctif, ils conservent alors la faculté de résilier unilatéralement le contrat, conformément au principe de la prohibition des engagements perpétuels. V° notamment Cass. com., 15 oct. 1991, n° 89-19.122.

⁹¹³. CA Paris, 28 oct. 2003, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 13, note Ch. CARON. – *Contra*, Cass. 1^{ère} civ., 21 févr. 1989, *Bull. civ. I*, n° 90. – CA Paris, 20 sept. 1995, *Gaz. Pal.* 1996, 1, somm. p. 178.

⁹¹⁴. CA Paris, 18 mars 1991, D. 1991, I.R., p. 1091.

⁹¹⁵. TGI Paris, 7 janv. 1987, *Juris-Data* n° 040306.

cédant. D'aucuns soutiennent ainsi que l'autorisation donnée, afin d'être licite, doit nécessairement être révocable.⁹¹⁶ À tout le moins doit-on convenir que lorsque le contrat ne comporte aucun terme, ou que celui-ci est manifestement excessif, une telle faculté doit nécessairement être reconnue au titulaire de l'attribut.

294. La référence au « délai raisonnable ». Dans une telle hypothèse, lorsqu'aucun terme exprès n'est mentionné dans l'acte, les juges se réfèrent alors à la notion de délai raisonnable pour apprécier la validité de l'autorisation. Néanmoins, sitôt l'acception posée, certaines réticences, consubstantielles à la lacune législative constituée de l'absence de définition du « délai raisonnable », émergent. Il est en effet évident que les juges disposent en l'espèce d'un pouvoir d'appréciation souveraine, et qu'il est dès lors loisible de se méfier d'une telle opportunité, particulièrement à l'égard de la sécurité des conventions. Pourtant cette crainte doit-elle être relativisée puisqu'au au-delà de cet impératif, celui de la protection du contractant vulnérable semble justifier que les tribunaux usent de leur faculté toujours dans un sens conforme à l'intérêt du titulaire de l'attribut, cet objectif devant à l'évidence primer, en droit des personnes, sur le contenu obligationnel de l'acte. A ainsi par exemple été jugée déraisonnable, une autorisation délivrée pour dix années⁹¹⁷. Il est en effet possible de supposer qu'un tel délai emporte un détachement excessif de l'attribut de la personne de son titulaire.

295. La prohibition de la cession globale des œuvres futures. Il semble enfin possible de rattacher à l'exigence d'un consentement suffisamment délimité dans le temps, la prohibition de la cession globale des œuvres futures⁹¹⁸. La cession d'œuvres futures n'est licite que si la liberté de l'auteur est préservée⁹¹⁹, et le législateur le rappelle par ailleurs expressément⁹²⁰. Il importe donc que le contrat ne l'obère pas⁹²¹. Or, à l'évidence, la cession globale des œuvres

⁹¹⁶. L. COLLET, *La notion de droit extrapatrimonial*, Th. préc., n° 249.

⁹¹⁷. CA Paris, 20 mars 1985, *D.* 1985, I.R., p. 324, obs. R. LINDON.

⁹¹⁸. En revanche est parfaitement licite la cession des droits afférents à une œuvre future, puisqu'à l'évidence, en cette hypothèse, la liberté de l'auteur n'est nullement excessivement impactée.

⁹¹⁹. Cass. 1^{ère} civ., 15 janv. 1970, *D.* 1970, p. 483. – CA Paris, 15 nov. 1966, *D.* 1967, p. 284 ; *RTD com.* 1967, p. 153 et p. 157, obs. H. DESBOIS ; *RTD civ.* 1967, p. 188, obs. G. CORNU.

⁹²⁰. CPI, art. L. 131-1. Sur cette disposition, v° notamment A. LUCAS, L'énigmatique article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle, *JCP G* 2007, hors-série, p. 57.

⁹²¹. P. KAYSER, Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat, in *Études offertes à André AUDINET*, Faculté de droit et des sciences sociales d'Aix-en-Provence, PUF, 1968, n° 3. Aussi la prohibition ne concerne-t-elle que les contrats emportant cession des droits patrimoniaux de l'auteur. En sont ainsi exclus ceux prévoyant le transfert de propriété des supports matériels des œuvres, comme par exemple celui de mécénat. En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, I, n° 21, *RIDA* oct. 1970, p. 61 ; *RTD com.* 1972, p. 103, obs. H. DESBOIS ; *D.* 1997, jurisp. p. 483.

futures par l'auteur contrevient à celle-ci, et doit dès lors être déclarée nulle⁹²². Deux thèses principales s'affrontent quant à l'appréciation de la prohibition. Selon la première, elle ne concerne que les seules cessions de droits portant sur une pluralité d'œuvres indéterminées⁹²³. Les contradicteurs de cette acception soutiennent que la prohibition s'entend d'une non détermination de la nature ou du nombre d'œuvres devant être réalisées, ainsi que de l'absence de terme contractuel⁹²⁴. Il semble bien que la première thèse soit davantage conforme à la jurisprudence civile, laquelle admet, par dérogation à la prohibition, que la cession globale des œuvres, alors même que celles-ci ne sont pas encore créées, est licite dès lors qu'elles peuvent être identifiées et individualisées⁹²⁵.

En outre, d'aucuns⁹²⁶ considèrent que la prohibition de la cession globale des œuvres futures est contraire au régime général du contrat puisque l'article 1130, alinéa 1^{er} ancien du Code civil prévoyait expressément que l'objet de l'obligation peut consister en une chose future⁹²⁷. Mais c'est oublier que la cession d'une œuvre future est parfaitement licite ; ce qui est illicite c'est la cession globale de plusieurs œuvres. Or, à l'évidence, l'atteinte à la liberté n'a pas la même vigueur dans les deux hypothèses. Par exemple, a été annulée la cession des œuvres de certaines catégories d'un salarié en faveur de son employeur en raison de l'indétermination de toute durée⁹²⁸. A également été annulé, le contrat prévoyant une cession totale et illimitée des droits de reproduction par reprographie, sans rémunération ultérieure, des œuvres à venir, en dehors de tout contrat de travail⁹²⁹.

⁹²². La nullité est ici relative puisqu'elle tend à protéger l'auteur lui-même. Et le juge apprécie restrictivement les clauses contractuelles en faveur de l'auteur. V° A. R. BERTRAND, *Transmission, cession et contrats relatifs aux droits d'auteur*, Dalloz *Action- Droit d'auteur*, 2010, Chap. 112, spéc. n° 112-38.

⁹²³. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, p. 648.

⁹²⁴. S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, p. 136.

⁹²⁵. A. MAFFRE-BAUGE, *Droit d'auteur, Exploitation des droits*, *Juris-Classeur*, Fasc. 1310, n° 28. Il en va par exemple ainsi du contrat conclu entre un annonceur et un agent de création publicitaire prévoyant la cession automatique des droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure de l'exploitation ou du règlement des travaux. V° Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1986, n° 83-13.144, *Bull. civ.* 1986, I, n° 12 ; *JCP G* 1987, II, p. 20872, note R. PLAISANT ; *RTD com.* 1987, p. 198, obs. A. FRANCON. Encore que l'exception puisse ici être relativisée puisque l'auteur n'était pas partie au contrat. V° en ce sens : P.-Y. GAUTIER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, *D.* 1993, jurispr. p. 166.

⁹²⁶. P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, avec la collaboration de Ch. KPOLO, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso, 4^{ème} éd., Gualino, n° 225.

⁹²⁷. Depuis l'ordonnance emportant réforme du droit des obligations, l'article 1163 nouveau prévoit désormais que « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

⁹²⁸. TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 88, note Ch. ALLEAUME.

⁹²⁹. Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-16.305, *RIDA*, avr. 1990, p. 199, obs. A. KEREVER, p. 137.

296. Les exceptions à la prohibition de la cession globale des œuvres futures. Mais ce principe de la prohibition, comme tout principe, connaît deux exceptions⁹³⁰ prévues par le Code de la propriété intellectuelle. La première réside en l'hypothèse des pactes de préférence⁹³¹. L'article L. 132-4⁹³² prévoit en effet que l'auteur d'une œuvre de l'esprit peut « *accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genre nettement déterminées* », ce droit étant « *limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux, à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour* ». Sans doute une telle exception se justifie-t-elle au regard des limites instituées par ce texte, celles-ci étant de nature à préserver la liberté de l'auteur. Autrement dit, puisqu'est ici rejetée la cession globale de l'intégralité des œuvres futures réalisées par l'auteur, cette exception n'emporte qu'une entorse minimale à la prohibition. Ce même raisonnement peut par ailleurs être poursuivi à l'égard de la seconde dérogation prévue par le Code de la propriété intellectuelle, à savoir celle consistant dans la faculté reconnue aux entrepreneurs de spectacles de conclure un « *contrat de représentation générale* » avec une société d'auteurs, comportant une autorisation de représenter les œuvres actuelles et futures du répertoire de la société.⁹³³ En effet, l'article L. 132-19, alinéa 1^{er} précise que « *le contrat de représentation est conclu pour une durée limitée ou pour un nombre déterminé de représentations au public* ». Ici aussi transparaît l'impérieuse nécessité de préserver la liberté de l'auteur.

À ces deux exceptions expresses, s'ajoute toutefois une troisième, déduite implicitement de la finalité de la prohibition. Puisque celle-ci tend à sauvegarder la liberté et la personnalité de l'auteur, elle ne s'applique que pour les conventions auxquelles ce dernier est partie. Par

⁹³⁰. En outre, puisque la prohibition ne concerne que les seuls contrats emportant cession des droits patrimoniaux d'auteurs, elle ne s'applique pas aux conventions emportant transfert de propriété des supports matériels des œuvres. Par exemple pour l'hypothèse du mécénat : Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, I, n° 21 ; *RTD com.* 1972, p. 103, obs. H. DESBOIS. *Adde* pour un contrat de travail stipulant que l'auteur s'engage à créer des œuvres pour le compte de son employeur : CPI, art. L. 111-1, al. 3, et Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 315 ; *JCP E* 1993, I, 246, n° 4, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *RIDA* avr. 1993, p. 193, note P. SIRINELLI.

⁹³¹. CPI, art. L. 132-4.

⁹³². Ce texte ne vise que le seul contrat d'édition, d'aucuns soutiennent que sa portée doit être étendue aux hypothèses de représentation de l'œuvre. En ce sens, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^{ème} éd., 2007, n° 508. – *Contra*, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, 4^{ème} éd., 2012, n° 723 et s.

⁹³³. CPI, art. L. 132-18, al. 1^{er}.

exemple, la cession globale des œuvres futures prévue par un contrat conclu entre le cessionnaire des droits et un sous-exploitant est parfaitement licite⁹³⁴.

b. L'exigence du consentement spécial du contractant vulnérable

297. Les motifs de l'exigence. Puisque le contractant vulnérable en droit des personnes participe à la fois de la source et du contenu de l'accord, il importe que celui-ci n'attente pas à son incommensurabilité. Or, il est évident qu'un consentement excessivement large contreviendrait indéniablement à sa liberté⁹³⁵, ainsi qu'à sa dignité. Aussi le nécessaire respect de l'intégrité du contractant vulnérable, tant physique que psychique, a-t-il induit également que le consentement donné soit nécessairement spécial.

298. Le premier champ de l'exclusion : les conventions portant sur un droit de la personnalité. C'est ce qu'exige notamment la Cour de cassation⁹³⁶ relativement aux attributs de la personnalité lorsqu'elle affirme que les stipulations contractuelles doivent explicitement et nécessairement mentionner les limites de l'autorisation donnée, « *son domaine géographique, la nature des supports et l'exclusion de certains contextes* ». La spécialité du consentement implique ainsi que de le contenu obligationnel soit suffisamment précis quant à sa portée et son domaine⁹³⁷. Par exemple, s'agissant de l'image de la personne, alors même que celle-ci accepte de paraître nue en vue d'illustrer une publicité pour un produit cosmétique, le cliché ne saurait valablement être publié dans un autre périodique, et dans un contexte autre, sans qu'un nouvel accord ne soit obtenu⁹³⁸. De même, l'autorisation de publication donnée pour une parution dans un support de presse ne saurait emporter le droit pour le cessionnaire de procéder à une nouvelle publication dans un livre sans obtenir à nouveau le consentement du

⁹³⁴. Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, *Bull. civ.* 1993, I, n° 284, *D.* 1994, jurispr. p. 166, p. 4, note P.-Y. GAUTIER et somm. p. 280, obs. Th. HASSLER ; *RTD com.* 1994, p. 272, note A. FRANCON ; *RJDA* 1994, n° 01, note E. DE GAULLE.

⁹³⁵. L'objectif principal est le même que celui poursuivi par les exigences institutionnelles entourant une clause de non-concurrence. Toute généralité excessive fait obstacle à la validité de l'acte, puisqu'il en résulte alors une atteinte à la liberté de la personne.

⁹³⁶. Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n° 07-19.494, préc.

⁹³⁷. A ainsi été jugé que l'autorisation donnée par un stomatologue pour la réalisation d'un reportage télévisé n'emportait pas autorisation d'exploiter commercialement son image, ni celle de la reproduire à l'étranger. V° par ex., TGI Paris, 26 sept. 1984, *D.* 1985, *I.R.*, p. 164, obs. R. LINDON.

⁹³⁸. CA Versailles, 11 mars 1998, *D.* 1998, *IR* 230.

cédant⁹³⁹. Aussi le consentement donné à une publication ne saurait-il valoir consentement à une nouvelle divulgation.⁹⁴⁰ Les juges ont également pu considérer que la personne qui concède à un tiers un droit de fixation et de reproduction de son image n'autorise pas pour autant cette reproduction dans un contexte différent de celui prévu par les dispositions contractuelles, de sorte qu'elle conserve alors toujours le droit de limiter l'usage qui pourrait être fait de son image⁹⁴¹. C'est ainsi « *que la personne qui autorise un tiers à reproduire son image n'autorise pas pour autant cette reproduction pour un but différent de celui primitivement prévu et conserve toujours le droit de faire respecter sa personnalité et limiter l'usage qui pourrait être fait de son image* ».

Le même raisonnement peut être poursuivi à l'égard des conventions emportant autorisation de divulgation des éléments de la vie privée, puisqu'il est admis de longue date que le titulaire de l'attribut est seul apte à fixer les limites de la publication, ainsi que les circonstances et conditions de celle-ci⁹⁴². Une telle acception est par ailleurs corroborée par l'exigence que le consentement soit ici aussi nécessairement spécial. C'est ainsi par exemple que l'autorisation de publier un roman portant sur la vie privée d'une personne ne saurait emporter le droit d'en faire une réalisation cinématographique sans qu'un nouveau consentement du titulaire soit obtenu⁹⁴³. Dans la même perspective, une autorisation de divulguer des éléments d'intimité de la personne ne saurait permettre une divulgation plus large de faits non visés par l'accord initial⁹⁴⁴. C'est également la redivulgation des faits inclus dans l'accord qui se trouve soumise à une réitération du consentement. Par exemple, la publication d'une autobiographie n'autorise pas un tiers à republier son contenu sans le consentement de l'auteur⁹⁴⁵.

De même, s'agissant de l'autorisation d'utilisation du nom de famille à titre commercial, la cour de cassation a pu considérer que « *le consentement donné par un associé fondateur notoirement connu à l'insertion de son nom de famille dans la dénomination d'une société*

⁹³⁹. CA Paris, 10 sept. 1996, *RD propr. int.* 1996, n° 68, p. 9.

⁹⁴⁰. CA Versailles, 27 mai 1993, *Juris-Data*, n° 044453.

⁹⁴¹. CA Paris, 22 mars 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 2, 131, 1^{ère} esp.

⁹⁴². CA Paris, 17 mars 1966, *D.* 1966, jur. p. 749 ; *Lamy, Droit des personnes, op. cit.*, n° 226-65.

⁹⁴³. Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1984, n° 83-11.786, *D.* 1985, *I.R.*, p. 166, obs. R. LINDON.

⁹⁴⁴. TGI Seine, 25 juin 1966, *JCP G* 1966, II, n° 14875, note R. LINDON.

⁹⁴⁵. CA Paris, 27 janv. 1989, *JCP G* 1989, II, n° 21325, note E. AGOSTINI. – *Contra*, pour une redivulgation autorisée au regard de l'actualité de l'ouvrage et son absence de citation en entier et de dénaturation, TGI Paris, 4 févr. 1988, *JCP G* 1988, II, n° 21107, note E. AGOSTINI.

exerçant son activité dans le même domaine que lui ne saurait, sauf accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce nom à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services ». ⁹⁴⁶ La même règle prévaut également en matière de droit d'auteur, puisque la cession est impérativement astreinte aux seuls droits contractuellement visés. Selon la même perspective encore, il est évident que le cessionnaire doit nécessairement se conformer aux stipulations contractuelles et faire de celui-ci un usage conforme à l'autorisation. En conséquence, cette règle de la spécialité du consentement vise à protéger la vulnérabilité substantielle de la personne qui s'engage. Plus précisément, par cette exigence, c'est la protection de l'intégrité morale de cette dernière qui en sort renforcée ⁹⁴⁷.

S'agissant enfin de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, il ne saurait être dépossédé de son droit sur son œuvre que « *s'il y a consenti et seulement dans les limites de son acceptation* » ⁹⁴⁸. Selon une même acception l'article L. 122-7 du CPI précise que « *la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation* » ⁹⁴⁹.

Il importe ainsi, dans toutes ces hypothèses conventionnelles, que l'intégrité de la personne soit préservée sous peine qu'il soit contrevenu à sa dignité ; et elle l'est en partie par l'exigence d'une délimitation rigoureuse des droits cédés. Les juges s'érigent de la sorte contre les conventions qui emporteraient un détachement trop important de l'attribut de la personne titulaire. Un contrôle des clauses contractuelles est ainsi opéré, la Haute juridiction n'hésitant pas à dénoncer leur portée illimitée, leur généralité les rendant alors nécessairement inopérantes, ⁹⁵⁰ afin que soit sauvegardée l'intégrité morale de la personne. Mais puisque la personne s'entend corps et âme, il est évident que sa dimension physique implique qu'un même principe régit les conventions portant sur celle-ci.

⁹⁴⁶. Cass. com., 6 mai 2003, Aff. Alain Ducasse, préc.

⁹⁴⁷. Il semble toutefois qu'au-delà, ce soient également les intérêts patrimoniaux de la personne qui soient préservés. V° notamment en ce sens, C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité, op. cit.*, n° 352, p. 337.

⁹⁴⁸. CA Paris, 2 mai 1975, *JCP G* 1979, II, 19110, note LEDUC.

⁹⁴⁹. V° par ex., Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 1979, *RFD com.* 1980, p. 80, obs. A. FRANCON.

⁹⁵⁰. Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1991, n° 90-12.476, *Bull. civ.* I, n° 253, *JCP G* 1991, IV, n° 49, p. 429 ; *JCP E*, 1991, n° 49, Panorama d'actualité n° 2927, p. 453 ; *Rec. Dalloz* 1991, *I.R.*, n° 37, p. 291 ; *Gaz. Pal.* 7 févr. 1992, n° 38-39, p. 27. – *Contra*, pour une décision rendue sur le fondement de l'article 1135 ancien du Code civil : Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090, *Comm. com. électr.* 2002, somm. 94, note Ch. CARON. Dans cette espèce, la Cour de cassation est venue censurer une cour d'appel qui avait admis la validité d'un contrat prévoyant la cession de « tous droits compris » par une agence publicitaire en faveur d'un annonceur.

299. Second champ de l'exclusion : les conventions portant sur la réalité charnelle de la personne. C'est ainsi que le consentement à un acte médical est également nécessairement spécial, c'est-à-dire limité à un acte ou une série d'actes⁹⁵¹. Autrement dit, le professionnel doit obtenir le consentement du patient pour l'acte initial, puis pour chaque acte de soins postérieur. Plus largement, puisque l'article 16-3 du Code civil impose le recueil du consentement préalable à toute atteinte à l'intégrité physique de la personne, il est évident que chaque acte portant sur le corps humain doit nécessairement être précédé de l'accord de celle-ci. De la sorte, alors même qu'un patient aurait déjà consenti à un contrat médical, il devra également nécessairement manifester sa volonté pour le cas où il désirerait devenir sujet d'une recherche sur sa personne,⁹⁵² ou consentir au prélèvement de l'un de ses matériaux humains. En somme, de telles autorisations sont nécessairement autonomes par rapport à celle ayant conduit à la formation de l'acte initial⁹⁵³. Mais cette règle est-elle pour autant dérogoratoire au droit commun ? Il semble qu'elle ne soit que l'affirmation expresse de l'impossibilité pour le cocontractant d'outrepasser les termes de l'accord, sauf à voir sa responsabilité contractuelle engagée. Il est évident par exemple qu'une personne qui aurait consenti à la réalisation d'une prestation de travail déterminée ne saurait être contrainte d'en effectuer une non contractuellement prévue.

Aussi, si le recul de l'ordre public de direction accroît d'autant « *l'aire de jeu de la volonté* », il ne faut cependant pas tomber dans l'illusion qu'il en résulterait « *une sorte de revanche de la liberté des conventions sur des siècles d'ordre public* ». ⁹⁵⁴ Bien au contraire, l'ordre public ressort toujours en droit des personnes comme la citadelle protégeant la vulnérabilité de la personne, et au-delà, sa dignité. Il est en effet évident qu'à l'aune des différentes prohibitions sus-décrites, certaines limites impératives demeurent, de sorte que l'extension de la rhétorique contractuelle ne saurait être entière, même s'il n'est pas déraisonnable de supposer qu'à l'avenir, son champ continuera de croître, particulièrement en droit des personnes. Quoiqu'il en soit, à s'en tenir au droit positif, cette façade directive de l'ordre public résiste, celui-ci étant en effet encore omniprésent en matière de sauvegarde des attributs extrapatrimoniaux de la personne et au-delà, de sa dignité.

⁹⁵¹. CSP, art. L. 1111-4.

⁹⁵². S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. préc., n° 246.

⁹⁵³. S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, *ibid.*

⁹⁵⁴. J. HAUSER, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ?, *Rev. Lamy droit civil*, 2011-83. L'auteur indique en effet que la volonté peut parfois être « *plus nocive qu'utile et la loi plus libératrice que contraignante* ».

B. L'affirmation de la prohibition nécessaire à la protection d'intérêts supérieurs

300. La protection de l'intérêt général. C'est donc tout d'abord la nécessité de maintenir la dignité de la personne humaine qui commande que diverses limitations hétéronomes, comme il vient d'être exposé, viennent borner les accords de volontés portant sur un droit de la personnalité ou sur le corps de la personne. Nul besoin de reprendre la liste pour entreprendre le type de clauses dont le droit objectif répugne à reconnaître la licéité. Il s'agit en effet de celles participant à la déshumanisation de la personne. Sont donc exclues les dispositions qui emporteraient une abdication de son droit par le contractant, ou qui auraient pour effet de contrevenir à sa dignité.

S'agissant spécialement des accords de volontés portant sur le corps humain de la personne, certains impératifs légaux participent de la protection de la dignité de la personne humaine. C'est en ce sens que peuvent raisonnablement être interprétées les exigences de volontariat, de gratuité⁹⁵⁵, d'anonymat⁹⁵⁶ et de périodicité régissant l'ensemble des opérations de collecte et de prélèvement des éléments et produits du corps humain. Il est en effet évident que l'ensemble de ces impératifs contribuent à maintenir le corps de la personne humaine hors de tout commerce⁹⁵⁷, excluant ainsi toute marchandisation aveugle de celui-ci⁹⁵⁸. C'est aussi cette nécessité impérieuse de préserver la dignité humaine et traiter la personne comme une fin en soi et non un simple moyen qui justifie l'encadrement particulièrement strict des recherches

⁹⁵⁵. L'article 16-6 du Code civil indique qu' « aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». De même, l'article L. 1121-11 du Code de la santé publique interdit qu'une rémunération soit allouée au sujet d'une recherche biomédicale, tout comme l'article L. 1211-4 s'agissant des prélèvements d'éléments du corps ou de la collecte de ses produits. Enfin, l'article L. 1221-3 indique à propos de la collecte de sang qu' « aucune rémunération ne peut être allouée au donneur ». Toutefois, une exception demeure s'agissant des recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct puisque l'article L. 1124-2 du même Code prévoit que le promoteur est autorisé à verser une indemnité aux sujets de la recherche. Il s'agit cependant d'une simple indemnisation et non d'une véritable rémunération.

⁹⁵⁶. Cette règle a été inscrite à l'article 16-8 du Code civil par l'effet des lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, et s'applique tant aux donateurs, qu'aux receveurs ou encore aux tiers.

⁹⁵⁷. Les lois dites de bioéthiques de 1994 ont à cet égard préféré le terme de « non-patrimonialité » à celui d'indisponibilité du corps humain, de sorte que si celui-ci ne peut faire l'objet de conventions à titre onéreux, rien n'exclut en revanche qu'il participe de l'objet de conventions à titre gratuit.

⁹⁵⁸. De telles exigences visent à l'évidence à prévenir la commercialisation de ces différents éléments et produits et trouvent par ailleurs écho dans divers textes. En droit interne, les articles 511-2 et 511-4 du Code pénal incriminent respectivement la vente d'organes et celle de tissus, cellules et produits du corps humain. Sur le plan international, la convention d'Oviedo relative aux droits de l'Homme et à la biomédecine, signée le 4 avril 1997 et entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 2012, vient également conforter cet objectif.

sur la personne humaine, de sorte que l'intérêt et le bien-être de l'être humain priment nécessairement sur le seul intérêt de la société ou de la science⁹⁵⁹.

301. La protection des intérêts légitimes des contractants. La bienveillance institutionnelle à l'égard des contrats en droit des personnes se manifeste également au travers d'un ensemble de dispositions destinées à préserver les intérêts légitimes du contractant. Telle est notamment la perspective poursuivie par l'encadrement institutionnel du mandat de protection future, celui-ci étant particulièrement perméable à l'impérativité de la loi. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder les dispositions issues des articles 426 à 427 du Code civil régissant le statut du logement ainsi que celui des comptes bancaires. De même en est-il des articles 47-1 à 463 « *qui dessinent un statut personnel d'ordre public* »⁹⁶⁰, ou encore des articles 490 et 493 venant restreindre significativement les pouvoirs susceptibles d'être reconnus au mandataire⁹⁶¹.

Ce sont encore les actes accomplis à titre gratuit à l'initiative du mandataire qui se trouvent soumis à l'approbation du juge. L'objectif dans ce dernier cas est évident : il s'agit de protéger le patrimoine du mandant contre « *toutes donations abusives ou sous influence, notamment au profit du mandataire* »⁹⁶². Selon la même perspective, sont exclus des pouvoirs du mandataire les actes emportant une aliénation à titre gratuit des biens ou des droits de la personne, tels que la constitution d'une servitude ou d'une sûreté à titre de garantie de la dette d'un tiers, ou encore une remise de dette ou une renonciation gratuite à un droit acquis⁹⁶³.

302. Variabilité de l'étendue du pouvoir des volontés. Alors que la liberté contractuelle quant à la détermination du contenu obligationnel de l'acte apparaît, à l'aune de ces quelques exemples, en bien des hypothèses résiduelle en droit des personnes, voire parfois même parfaitement illusoire, il n'y a toutefois ici aucune torsion spectaculaire du droit commun dès lors que, rappelons-le, l'étendue de la liberté contractuelle est strictement dépendante des principes supérieurs en jeu, lesquels agissent comme des variables d'ajustement du pouvoir des

⁹⁵⁹. En ce sens, CSP art. L. 1121-2. Et sur cette suprématie, v° A. DIONISI- PEYRUSSE, La loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine : à la recherche d'une conciliation entre protection de la personne et développement de la recherche en vue de progrès médicaux, *Rev. jur. pers. et fam.* 2012.007/008.

⁹⁶⁰. D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Deffrénois*, 30 janv. 2009, n° 2, p. 142.

⁹⁶¹. Cet article rejette en effet toute validité aux actes de disposition dans le cas d'un mandat notarié, ou encore ne valide que les seuls actes d'administration dans celui conclu sous seing privé.

⁹⁶². Sénat, Rapp. n° 212, présenté par H. DE RICHEMONT, préc., p. 195.

⁹⁶³. Pour d'autres exemples, v° L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préc., n° 83, p. 68.

volontés. En somme, dès lors que laisser libre-court aux aspirations individuelles et égoïstes des parties auraient pour effet de contrevenir à l'intérêt général ou aux intérêts particuliers des contractants, il importe que le droit objectif enserme strictement la détermination du contenu obligationnel. Mais il ne s'agit ici que d'une simple transcription de l'article 6 du code civil, suivant lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », et la protection de l'intérêt général ou de ceux les plus légitimes des contractants relève à l'évidence du champ d'application de cette disposition. Aussi n'y-a-t-il rien de déraisonnable à soutenir que la détermination institutionnelle du contenu obligationnel n'est autre que la rançon du développement du contrat en droit des personnes.

§ II. LA DICHOTOMIE DE LA PROHIBITION

303. Ambivalence du champ de la prohibition. Si la dignité de la personne se trouve ainsi toujours protégée contre les assauts contractuels contemporains, le champ de la prohibition des conventions qui y porterait atteinte n'étant pas qu'une coquille vide, il convient toutefois de relever que parmi celles-ci, certaines sont intrinsèquement attentatoires à la dignité humaine (A), tandis que d'autres ne le sont qu'en certaines circonstances ou à défaut de respecter certaines conditions objectives entourant la conclusions de l'acte (B).

A. Les contrats intrinsèquement attentatoires à la dignité humaine

304. Il est des hypothèses conventionnelles qui en elles-mêmes, de par l'atteinte intolérable qui en résulterait pour la dignité de la personne, sont systématiquement et nécessairement privées de tout effet. Prohiber de la sorte les contrats intrinsèquement attentatoires à la dignité humaine permet de garantir le respect de l'intégrité physique de la personne du contractant (1), mais également son intégrité morale (2).

1. La nécessaire protection de l'intégrité physique de la personne

305. La consécration du statut de la personne humaine. Même si le juge a parfois devancé l'œuvre législative, comme en atteste notamment la prohibition des contrats de mères

porteuses⁹⁶⁴ ou encore celle des recherches portant sur les individus en état de mort cérébrale sans consentement exprimé,⁹⁶⁵ l'institution de l'ordre public en droit des personnes résulte principalement du législateur. La méthode empruntée a été celle de l'énumération d'un certain nombre de principes directeurs aux articles 16 et suivants du Code civil par la première loi⁹⁶⁶, puis la déclinaison de ceux-ci par l'effet de la seconde dans le Code de la santé publique.⁹⁶⁷ Celui-ci affirme la position éminente de la personne humaine, puisque la loi en assure « *la primauté* »⁹⁶⁸ et prohibe les atteintes pouvant être portées à sa dignité⁹⁶⁹.

Plaçant ainsi la personne au cœur de sa construction, le législateur a de la sorte institué les bases du statut du corps humain, lesquelles constituent autant d'obstacles au déploiement des volontés contractuelles en droit des personnes. Le corps humain est ainsi tout d'abord considéré comme inviolable⁹⁷⁰. En outre, celui-ci ne saurait souffrir d'une quelconque patrimonialisation⁹⁷¹. L'article 16-1, alinéa 3 proclame en effet le principe suivant lequel le corps humain, ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Il trouve par ailleurs un prolongement dans les dispositions de l'article 16-5 qui prévoit que « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ». De même, l'article 16-6 prohibe-t-il qu'une rémunération⁹⁷² soit allouée à celui qui prête sa personne à une expérimentation, ou encore lorsque ses éléments sont prélevés et ses produits collectés, mais aussi en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Dans la même perspective, l'article L. 1221-3 du Code de la santé publique précise que la transfusion sanguine ne saurait donner lieu à la

⁹⁶⁴. Cass. ass. plén. 31 mai 1991, *D.* 1991.417, note D. THOUVENIN, *op. cit.*

⁹⁶⁵. CE, 2 juillet 1993, *AJDA* 1993, p. 579, chron. MAUGÛE et D. THOUVENIN, préc.

⁹⁶⁶. Cette loi est venue modifier le Code civil en insérant dans le titre 1 du livre 1 un chapitre 2 : « *Du respect du corps humain* ».

⁹⁶⁷. V° sur ce point, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant, op. cit.*, n°79, p. 76.

⁹⁶⁸. Sont notamment prohibées, à cet égard, les pratiques eugéniques visant à la sélection des êtres humains. Leur exercice fait par ailleurs l'objet d'une incrimination pénale sanctionnée par une peine d'emprisonnement de vingt années. V° C. pén., art. 511-1.

⁹⁶⁹. C. civ., art 16. A ainsi par exemple été annulée, une convention de strip-tease au regard de l'exploitation insoutenable de la nudité féminine : TGI Paris, 8 nov. 1973, *D.* 1975, jur., p. 401, note M. PUECH ; *RTD civ.* 1974, p. 806, obs. Y. LOUSSOUAM, préc.

⁹⁷⁰. C. civ., art.16-1 al. 2.

⁹⁷¹. La règle de l'anonymat des dons vient corroborer l'exigence de non-patrimonialité du corps. V° JO Sénat CR 20 janv. 1994, p. 381.

⁹⁷². V° également CSP, art. L. 1121-11 prohibant toute contrepartie financière pour les sujets des recherches biomédicales ; CSP, art. L. 1121-11 prohibant de la même sorte tout paiement à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. V° encore CSP, art. L. 1221-3 précise qu'aucune rémunération ne peut être allouée au donneur.

rémunération du donneur, lequel ne peut simplement obtenir le remboursement des frais exposés. Une lecture a contrario de ces dispositions permet ainsi de révéler la licéité de conventions à titre gratuit portant sur le corps ou des matériaux humains. Encore qu'une exception demeure : celle des conventions de gestation pour autrui, l'article 16-7 du même code prévoyant que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». En ce domaine, peu importe qu'elle intervienne à titre gratuit ou onéreux, elle sera nécessairement considérée comme illicite car contraire à la dignité humaine.

Le statut du corps humain, tel qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions, trouve ainsi indéniablement sa source « *dans le principe de primauté de la personne qui interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci* »⁹⁷³. Par ailleurs, au-delà de l'inviolabilité du corps de la personne, c'est aussi le nécessaire respect du droit à la vie⁹⁷⁴, découlant lui aussi du principe de dignité, qui a induit la consécration de certaines prohibitions, telle celle de l'euthanasie active⁹⁷⁵. Le Conseil d'État a ainsi pu affirmer que la qualification de faute déontologique s'agissant d'un médecin ayant provoqué délibérément la mort de sa patiente ne méconnaît « *ni le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, ni les stipulations de l'article 3 de la CEDH (...)* »⁹⁷⁶. De même les juges⁹⁷⁷ ont-ils refusé de faire droit à la requête d'une femme tendant à autoriser son médecin à lui procurer les moyens nécessaires afin qu'elle se donne la mort, rappelant à cette occasion que le Code déontologie médicale prévoit que le médecin n'a pas le droit de délibérément donner la mort à un patient. Aussi l'État demeure-t-il à ce jour l'unique « *gestionnaire du processus de la vie, depuis la naissance jusqu'à la mort* »⁹⁷⁸, les volontés contractuelles ne pouvant avoir prise sur celui-ci. Il convient par ailleurs de relever que nombre de ces prohibitions trouvent traduction dans le Code pénal, telles celle

⁹⁷³. Lamy *Droit des personnes et de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), 2008, spéc. n° 212-3.

⁹⁷⁴. Celui-ci fait partie des droits fondamentaux que l'État s'attache étroitement à garantir. À titre d'exemple, la prohibition pénale du suicide n'a été abrogée en France qu'en 1791, ce qui à l'échelle du temps demeure relativement récent. V° sur ce point, R. VAN DER MADE, La répression du suicide, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1948, pp. 22-51.

⁹⁷⁵. Elle reste toujours passible des peines de l'homicide. En ce sens, CA Toulouse, 9 août 1973, *D.* 1974, jur. p. 452. Et l'article 38 du Code de déontologie médicale interdit au médecin de provoquer délibérément la mort de son patiente.

⁹⁷⁶. CE, 29 déc. 2000, 4^{ème} et 6^{ème} sous-sections réunies, Duffau, *Leb.*

⁹⁷⁷. TGI Dijon, ord. réf. n° 94/08, 17 mars 2008.

⁹⁷⁸. F. BELLIVIER et P. ÉGEA, Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique), *D.* 2004. 651.

de l'euthanasie active⁹⁷⁹, de la rémunération du donneur d'organes⁹⁸⁰ ou de tissus⁹⁸¹. Or, l'effet dissuasif de la répression contribue également à l'évidence à parfaire la prévention et prémunir la personne contre tout acte contractuel contraire à sa dignité.

2. La nécessaire protection de l'intégrité morale de la personne

306. L'encadrement objectif des actes portant sur un attribut de la personnalité.

Selon la même orientation, à côté de la réalité physique de la personne, ce sont également l'ensemble de ses attributs moraux qui ont suscité un encadrement étatique par le prisme du principe de dignité afin que le respect de son intégrité morale⁹⁸² soit assuré. Le législateur est donc venu préciser le régime des droits de la personnalité. C'est ainsi que l'article 9 du Code civil⁹⁸³ dispose que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* »⁹⁸⁴. Inscrit dans le titre préliminaire du Code civil, témoignant ainsi de son importance pour les civilistes, cette disposition a pu être perçue comme le principe matriciel⁹⁸⁵ duquel découle notamment le droit

⁹⁷⁹. L'euthanasie est réprimée par l'incrimination pénale d'homicide involontaire, prévue par l'article 221-6 du Code pénal.

⁹⁸⁰. C. pén., art. 511-2.

⁹⁸¹. C. pén., art. 511-4.

⁹⁸². D'aucuns ont ainsi pu soutenir l'illicéité des conventions signées par les candidats de télé-réalité en ce qu'elles contreviendraient à leur dignité. V° G. François, Nullité du contrat de travail des participants à une émission de télé-réalité, *JCP S* 2009, pp. 13-15, n° 19.

⁹⁸³. Cet article a été introduit dans le Code civil par la loi n°70-643 du 17 juillet 1970.

⁹⁸⁴. Cette disposition trouve écho sur le plan pénal à l'article L. 226-1 et s. du Code pénal, et au niveau européen à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En outre, la protection de la vie privée correspond à une exigence constitutionnelle déduite de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. V° sur ce point, Cons. const. 23 juillet 1999, n°99-416 DC.

⁹⁸⁵. J. SAINT-PAU, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1998, *D.* 1999, p. 541, selon qui l'article 9 du Code civil paraît avoir progressivement supplanté l'article 1382 du même Code en tant que « *matrice des droits de la personnalité* » ; *Adde* sur cette évolution, A. LEPAGE, L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « *matrice* » des droits de la personnalité ?, *Gaz. Pal.* 19 mai 2007, n° 139, p. 43 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2012, spéc. n°174, p. 98.

à l'image⁹⁸⁶ ou encore le droit à la voix,⁹⁸⁷ voire le droit au nom.⁹⁸⁸ Or, référer au droit à la vie privée de la personne humaine impose que les « *éléments de la commune dignité* » soient maintenus indisponibles⁹⁸⁹. Aussi, si la personne peut valablement concéder un usage relativement à un attribut extrapatrimonial de sa personnalité, elle ne saurait en revanche y renoncer définitivement puisqu'ils sont une « *manifestation de la personne humaine en ce qu'elle a d'essentiel* »⁹⁹⁰.

Voilà donc un rempart de plus dressé contre l'expansionnisme contractuel. Aussi nombre d'interdits demeurent, et il faut, semble-t-il, s'en réjouir. C'est ainsi la dignité objective qui se trouve protégée, de sorte que même s'il a été démontré précédemment que la dignité subjective était parfois la source du phénomène de contractualisation, c'est donc bien sur cette face objective que vient s'échouer ce même phénomène, puisque sous cette référence notionnelle, ont ainsi été progressivement esquissés les contours du statut de la personne humaine et partant, les limites opposées aux volontés contractuelles.

B. La licéité sous conditions des contrats potentiellement attentatoires à la dignité humaine

307. L'utilité de l'acte. À côté des contrats intrinsèquement inhumains car attentatoires à la dignité de la personne humaine et dès lors parfaitement intolérables, existent certains accords qui ne le sont que potentiellement. Autrement dit, ils ne sont licites que sous réserve de satisfaire un intérêt légitime supérieur. En somme, certains contrats, qui pourraient paraître à première vue contrevenir à la dignité humaine ont pourtant reçu l'onction institutionnelle au regard de leur utilité pour le contractant, un tiers, voire la collectivité. Et dans ces hypothèses,

⁹⁸⁶. La Cour de cassation a consacré le principe de protection du droit à l'image sur le fondement de l'article 9 du Code civil en affirmant qu'en vertu de « *l'article 9 du Code civil, chacun a le droit de s'opposer à la reproduction de son image* » : Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1998, n° 95-13.694, *D.* 1999, som., p. 167, note Ch. BIGOT. Dans le même sens, Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1998, n° 96-15.610, *D.* 1999, jur., p. 541, note Ch. SAINT-PAU, *op. cit.* Plus récemment, la Haute juridiction a pu affirmer que « *la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant le pouvoir de l'accorder, est prohibée* » : Cass. crim., 20 oct. 1998, n°97-84621, *Bull. crim.*, n°264. – *Adde*, Cour EDH, 21 février 2002, aff. 42409/98, *Schüssel c/ Autriche*, § 2.

⁹⁸⁷. Cass. 1^{ère} civ. 12 décembre 2000, *D.* 2001, p. 2434. V° également en ce sens plus récemment, Cass. 1^{ère} civ. 20 mars 2014, n°13-16.829.

⁹⁸⁸. TGI Paris, 27 septembre 2004, *D.* 2005, pan., p. 2644.

⁹⁸⁹. X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Préf. H. ROUSSILLON, Dalloz, 2003, p. 81. L'auteur indique que ces « *servitudes d'humanité* » participent à limiter la libre disposition de soi, en tout cas, lorsque celle-ci reviendrait à nier la dignité de la personne.

⁹⁹⁰. I. MOINE, *Les choses hors du commerce : notion et régime*, Paris, LGDJ, Bibliothèque De Droit privé, 1999, p. 127.

leur licéité résulte des circonstances d'espèce entourant la conclusion de l'acte ou le déploiement de ses effets. Néanmoins, même si la justification de la licéité de l'acte est parfois à rechercher dans son utilité (1), cette dernière est en revanche parfois insuffisante à rendre valable un acte dont l'impact sur l'intégrité physique du contractant est trop intense (2).

1. La licéité de l'acte justifiée par son utilité

308. La licéité sous conditions de l'atteinte au corps humain. Il est des hypothèses conventionnelles dont le droit objectif s'accommode en raison de leur utilité en dépit de l'atteinte qu'elles emportent à l'intégrité du contractant. À cet égard, convaincu qu'un exemple vaut mieux qu'une longue explication, prendre appui sur le principe de l'inviolabilité du corps humain semble tout à fait pertinent pour illustrer la tolérance institutionnelle, parfois strictement nécessaire, de certaines exceptions. Celui-ci suppose en effet qu'aucune atteinte non-consentie ne soit admise, et que celles consenties le soient uniquement sous conditions : celle de la nécessité médicale pour la personne ou l'intérêt thérapeutique d'autrui comme le précise l'article 16-3 du Code civil, voir le cas échéant, au regard des bénéfices escomptés pour la science. À titre d'exemple, sont ainsi licites les prélèvements d'organes sur une personne vivante effectuée dans l'intérêt du receveur⁹⁹¹, ou encore le diagnostic prénatal en ce qu'il peut recouvrir une finalité thérapeutique en permettant la mise en œuvre d'un traitement *in utero*. De même l'article L. 1221-1 du Code de la santé publique prévoit-il qu'une transfusion sanguine peut être pratiquée lorsque l'intérêt du receveur l'exige, de même que les prélèvements d'organes sur une personne vivante ne peuvent intervenir que « *dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur* ».

309. La licéité sous conditions de l'interruption volontaire de grossesse. Le même raisonnement peut être poursuivi à l'égard de l'article 1^{er} de la loi Veil de 1975, lequel prévoit qu'il est possible de porter atteinte au principe du « *respect de tout être humain dès le commencement de la vie [...] en cas de nécessité* ». En l'espèce il s'agit de l'intérêt de la mère qu'il soit d'ordre thérapeutique ou justifié par l'état de détresse de cette dernière, mais également l'intérêt de l'enfant même qui serait susceptible de naître atteint d'une affection d'une particulière gravité.

⁹⁹¹. CSP, art. L. 1231-1 et L. 1241-1.

310. La licéité sous conditions des stérilisations contraceptives. Dans la même lignée, si la ligature des trompes de Fallope à des fins strictement contraceptive est prohibée⁹⁹² lorsqu'elle est pratiquée sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure légale de protection, elle a toutefois été autorisée à l'égard des majeurs placés sous curatelle et sous tutelle, lorsqu'un intérêt légitime l'impose. Celui-ci résulte de l'impossibilité avérée de mettre en œuvre une quelconque méthode de contraception, ou s'il existe une contre-indication médicale s'agissant de leur mise en œuvre. En dehors de ces hypothèses, toute convention attentatoire à l'intégrité du corps humain et plus largement, à la personne humaine doit être déclarée illicite. Autrement dit, le consentement ne saurait être ici en tout état de cause un fait justificatif, la loi l'étant en revanche sous les conditions exposées.

311. La licéité sous conditions des recherches portant sur la personne humaine. Un autre exemple peut être utile pour parfaire la démonstration, et celui des recherches portant sur la personne humaine mérite d'être exposé. Prêter son corps à une expérience scientifique n'a rien d'anodin pour la dignité de la personne, puisque cela impose que la personne soit en toutes circonstances appréhendée, non comme un simple moyen, mais bien plutôt comme la fin du droit. Or, il semble évident qu'une certaine instrumentalisation de la personne résulte nécessairement de telles conventions, particulièrement lorsqu'elles interviennent en dehors de toute finalité thérapeutique. Pourtant, ces dernières sont néanmoins utiles et nécessaires aux progrès médicotéchniques. Aussi, puisque ceux-ci recouvrent nécessairement une connotation méliorative de la protection de la santé et de la vie de la personne, ils doivent être favorisés. Si tôt posée l'acceptation, l'ambivalence justifiant une admission sous condition de leur licéité émerge : alors que les expériences portant sur la personne humaine chosifient en partie le contractant, elles sont pourtant strictement nécessaires à la protection de la dignité humaine, et plus spécialement, à celle du droit à la vie qui en résulte. C'est donc une œuvre de compromis qui devait être empruntée par le législateur. Et celle-ci s'est traduite par la reconnaissance de leur licéité sous réserve de l'existence d'un intérêt légitime, qui peut être soit celui du sujet, soit celui de la science.

312. La licéité sous conditions des prélèvements de matériaux humains. Il est enfin possible de référer à l'hypothèse des prélèvements de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui sur un mineur. L'article L. 1221-5, alinéa 1^{er} du Code de la santé publique prohibe expressément ce type de conventions. Mais par exception, lorsque

⁹⁹². Cass., avis 6 juil. 1998, *JCP* 1998. IV. 3005 ; *Dr. fam.* 1998, 162, note Th. FOSSIER ; *RTD civ.* 1998. 881, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 1999. 314, obs. J. MASSIP.

« des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent »⁹⁹³ le prélèvement peut alors avoir lieu⁹⁹⁴. Si le terme « intérêt légitime » n'est pas directement mentionné, encore n'est-il pas raisonnable d'assimiler la condition de l'urgence thérapeutique comme condition de licéité à une telle exigence. Le même raisonnement peut parfaitement être déroulé à l'égard des prélèvements de tissus ou de cellules sur un donneur vivant en vue de dons, puisque de tels actes ne peuvent valablement prospérer que si existent un but thérapeutique ou scientifique, ou s'ils permettent un contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, des qualités des analyses de biologie médicale, ou interviennent dans le cadre des expertises et « des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain par l'agence française de sécurité sanitaire »⁹⁹⁵.

Nul besoin de tomber dans la litanie pour entrepercevoir que certaines atteintes à l'intégrité du corps humain existent en droit positif, le législateur fondant leur licéité sur un intérêt supérieur ou légitime, certains étant même parfois considérés comme « une priorité nationale »⁹⁹⁶.

2. La licéité de l'acte écartée par l'incapacité du contractant faible

313. Renforcement des règles légales de l'incapacité. Néanmoins, il est des hypothèses conventionnelles dans lesquelles la nécessité médicale ou l'intérêt thérapeutique d'autrui ou celui scientifique ne sont plus suffisants à rendre licite un acte portant atteinte à l'intégrité corporelle de la personne. Il s'agit de celles dans lesquelles le contractant est une personne protégée. En somme, le législateur considère que celles-ci ne peuvent consentir à certains actes portant sur leur réalité charnelle, sauf à ce que soit contredite leur dignité, là où ces mêmes actes réalisés par des contractants non frappés d'incapacité légale sont alors parfaitement valables. Aussi l'incapacité participe-t-elle ici à assurer la sauvegarde la condition humaine de la personne du contractant, et se trouve justifiée par l'impact de l'acte sur son intégrité physique. Par exemple, le don de matériaux humains par un mineur non émancipé est a priori exclu, à l'exception du don de moelle osseuse et sous réserve que le receveur soit son

⁹⁹³. CSP, art. L. 1221-5, al. 2.

⁹⁹⁴. Et sous réserve du consentement écrit de chacun des titulaires de l'autorité parentale : CSP, art. L. 1221-5, al. 3. Encore convient-il de noter que le mineur peut parfaitement s'opposer à l'acte. Sans doute est-ce là une traduction supplémentaire du principe d'inviolabilité du corps humain : V° CSP, art. L. 1221-5, al. 4.

⁹⁹⁵. CSP, art. L. 1241-1, al. 1^{er}.

⁹⁹⁶. CSP, art. L. 1231-1 A, s'agissant des prélèvements d'organes.

frère ou sa sœur voire, exceptionnellement, son cousin germain, son oncle, sa tante, son neveu ou sa nièce⁹⁹⁷. S'agissant ensuite du don d'organes du vivant du donneur majeur protégé, celui-ci n'est possible qu'à destination de ses père et mère, fils et filles, frères et sœurs, petits-fils et petites-filles, neveux et nièces, cousins germains, gendre et bru, ainsi qu'à son conjoint ou toute personne partageant avec lui une vie commune d'au moins deux années⁹⁹⁸. C'est ensuite, selon la même perspective, la stérilisation des mineurs qui demeure prohibée en l'état du droit positif⁹⁹⁹. Et s'agissant de celle des majeurs placés sous un régime de tutelle ou de curatelle, elle n'est tolérée que lorsqu'existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes contraceptives ou une impossibilité manifeste de les mettre en œuvre¹⁰⁰⁰. À l'évidence, de telles restrictions hétéronomes participent à garantir le respect dû à la personne humaine, en limitant la possibilité de consentir à une atteinte dont la portée pour l'intégrité physique du contractant faible est particulièrement forte.

SECTION 2. LA SANCTION DES CONTRATS ATTENTATOIRES

À LA DIGNITÉ HUMAINE

314. Une régulation par le prisme du principe de dignité. Si la mobilisation par les autorités du principe de dignité permet ainsi que soient contenues les volontés contractuelles afin que l'incommensurabilité de la personne ne soit jamais atteinte, il est cependant des hypothèses où cette méthode préventive se révèle toutefois insuffisante. Aussi importe-t-il dès

⁹⁹⁷. G. LEBRETON, *ibid.*

⁹⁹⁸. Cette exigence issue de la loi du 6 août 2004 améliorant les dispositions de la seconde loi bioéthique du 29 juillet 1994, ne prévalait pas sous l'empire de la loi Caillavet du 22 décembre 1976, puisqu'aucun lien de parenté entre le donneur et le receveur n'était requis : G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, préc., p. 291.

⁹⁹⁹. CSP, art. L. 2123-2.

¹⁰⁰⁰. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacités – Protection*, Précis Dalloz, Droit privé, 8^{ème} éd., 2012, n° 59, p. 65.

lors de ne pas laisser prospérer de telles conventions en faisant une utilisation curative de ce même principe lorsque les effets du contrat conduisent à une déshumanisation de l'un des contractants. À l'évidence, une telle mise en œuvre du principe de dignité se réalise essentiellement par le truchement de la jurisprudence (§ I), même si l'action de certaines autorités peut intervenir en renfort (§ II). Plus précisément, alors que le législateur prévient en amont les atteintes, elles peuvent également se voir sanctionnées en aval.

§ I. LA MOBILISATION JUDICIAIRE DU PRINCIPE DE DIGNITÉ

315. Le juge contribue ainsi, par son office, à préserver la dignité de la personne humaine en sanctionnant les contrats qui y contreviendraient, les modalités de son action offrant un cadre efficace de protection, que ce soit par le prononcé de la nullité de l'acte (A), ou en certaines hypothèses, par l'éviction des clauses illicites (B).

A. La nullité de l'acte

316. Analyser la nullité des contrats attentatoires à la dignité de la personne humaine implique tout d'abord d'en présenter le régime juridique (1), puis les effets (2).

1. Le régime juridique de la nullité

317. Le binôme traditionnel à l'aune du critère de l'intérêt protégé. La théorie moderne des nullités permet d'appliquer soit une nullité relative, soit une nullité absolue aux hypothèses dans lesquelles les conditions de formation n'ont pas été respectées. La différence de nature résulte de celle de l'intérêt¹⁰⁰¹ qui se trouve protégé par l'effet de la sanction. Plus précisément, la nullité doit être relative¹⁰⁰² lorsqu'elle participe à la défense des intérêts

¹⁰⁰¹. L'article 1179 du code civil dispose en effet que « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

¹⁰⁰². Que la nullité soit relative ou absolue, le délai de prescription est de cinq ans, conformément à l'alignement opéré par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile.

particuliers des contractants ; et elle doit être absolue lorsqu'elle tend à préserver l'intérêt général. Par exemple, elle sera relative lorsque l'intégrité du consentement fait défaut ou en cas d'incapacité juridique de l'une des parties, puisqu'en l'espèce la nullité¹⁰⁰³ concourt effectivement à la protection des contractants. C'est ainsi par exemple que dans les contrats *intuitu personae* qu'accueille le droit des personnes, tel celui relatif au droit moral de l'auteur ceux portant sur l'image ou le nom de la personne, ou encore le mandat de protection future, l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant sera source de nullité relative¹⁰⁰⁴. Telle est également la sanction encourue en cas de méconnaissance du principe de la rémunération proportionnelle par une clause d'un contrat relatif au droit moral de l'auteur.¹⁰⁰⁵

En revanche, la nullité est absolue lorsque le contenu est illicite ou lorsque les stipulations contractuelles sont contraires aux règles qui intéressent l'ordre public, et notamment à la dignité humaine. En somme, une telle sanction est encourue lorsque les obligations des parties ont un contenu ou un but illicite ou immoral. Tel sera par exemple le cas de la convention conclue « *entre le producteur d'un film et une mineure tendant à obtenir qu'elle pose nue dans un film et se soumette à un tatouage sur une fesse, tatouage dont le commentateur annonce au public qu'il sera prélevé et vendu à des tiers* »¹⁰⁰⁶. Dans la même perspective, la violation des dispositions de l'article 16 du Code civil, telle celle suivant laquelle « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* », doivent être frappées de nullité absolue puisque l'article 16-9 précise justement qu'elles sont d'ordre public. À l'évidence, en participant à maintenir l'incommensurabilité humaine hors d'atteinte de l'air de jeu du contrat, elles servent directement l'intérêt général, puisque la dignité est nécessairement commune à tous. Sans doute une telle acception doit-elle conduire à admettre l'existence d'une nullité absolue, alors même que les intérêts particuliers d'un des contractants seraient obérés, dès lors qu'est au-delà en jeu l'immanence de la personne¹⁰⁰⁷. Un exemple topique de cette acception peut être décelé dans le champ des conventions portant sur le droit moral de l'auteur. Il a en effet été précisé plus en amont que celui-ci devait

¹⁰⁰³. Pour le point de départ du délai de prescription de l'action, v°. C. civ., art. 1152.

¹⁰⁰⁴. M. SERNA, Qualité et contrat d'engagement d'un artiste-interprète, *D.* 2002.2106, n° 2.

¹⁰⁰⁵. CA Paris, 25 oct. 1994, *D.* 1995, Somm. p. 288, obs. C. COLOMBET. – Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1973, 1, p. 406. – Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1997, *RIDA* juil. 1997, p. 279. – Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2008, *Comm. com. électr.* 2008, comm. 52, note Ch. CARON ; *Propr. intell.* 2008, n° 28, p. 333, obs. J.-M. BRUGIÈRE.

¹⁰⁰⁶. TGI Paris, 2 juin 1969, *D.* 1970. 136, note J.-P.

¹⁰⁰⁷. P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité ; une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Th. dactyl. Dijon, 1978, n° 278.

nécessairement échapper à toute possibilité d'abdication, et les juges s'avèrent particulièrement vigilants à ce que le contenu des conventions n'emporte aucun renoncement définitif. Aussi n'hésitent-ils pas à considérer comme illicites¹⁰⁰⁸ les clauses contractuelles contenant de telles renonciations. Or, de prime abord, il serait tentant de n'entrapercevoir que l'objectif de protection de l'auteur de l'œuvre de l'esprit. Pourtant au-delà, sont également protégées son intégrité et sa personnalité. N'est-ce pas de la sorte également maintenir une certaine humanité de la personne ? Assurément si, de sorte que la nullité est bien plutôt ici d'ordre public¹⁰⁰⁹.

Une autre hypothèse de nullité absolue réside ensuite dans le non-respect par les contractants du formalisme requis *ad validatem*, comme l'est celui afférent aux contrats portant sur la réalité charnelle de la personne. D'aucuns ont en effet soutenu que dans une telle perspective, le législateur impose certaines solennités en raison, ici aussi, de la considération de l'intérêt général¹⁰¹⁰, et notamment eu égard à la dignité de la personne. Aussi séduisante soit l'acceptation, encore convient-il de préciser que la jurisprudence s'avère moins catégorique, en tempérant parfois l'analyse en recherchant précisément quel est l'intérêt protégé *ab initio*¹⁰¹¹.

318. Les personnes fondées à invoquer la nullité. À la différence de nature de la nullité correspond une dichotomie quant aux personnes fondées à solliciter son application. Si la nullité est absolue, elle peut être demandée par tout intéressé¹⁰¹², soit donc par le contractant même, soit par un tiers, voire être soulevée d'office par le juge et le ministère public¹⁰¹³. Une telle solution se justifie aisément au regard de l'intérêt qu'elle tend à protéger. En somme, dès lors que l'intérêt général est atteint par les effets du contrat, toute personne intéressée peut s'en prévaloir. De même, il est évident que le juge et le ministère public, en ce qu'ils sont garants du respect de l'ordre public, doivent pouvoir, sans encourir l'opprobre, soulever d'office une telle irrégularité. En revanche, lorsque la nullité ne concourt qu'à la protection des intérêts catégoriels des contractants, seuls ceux-ci peuvent alors s'en prévaloir¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁸. Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2003, *CCE* 2003, comm. 56, note C. Caron, *RTD Com.* 2004, p. 267, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *Propr. Intell. juill.* 2003, p. 298, obs. P. SIRINELLI.

¹⁰⁰⁹. CA Paris, 1^{er} févr. 1989, *D.* 1990.52, obs. C. COLOMBET.

¹⁰¹⁰. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Contrat, Litec*, 5^{ème} éd., 1996, n° 881, p. 372.

¹⁰¹¹. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Contrat, ibid.*

¹⁰¹². C. civ., art. 1180.

¹⁰¹³. P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité ; une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, *Th. op. cit.*, n° 167.

¹⁰¹⁴. C. civ., art. 1181.

2. Les effets de la nullité

319. L'aménagement du droit commun au regard de la typicité des conventions.

S'agissant des effets attachés à la nullité des contrats en droit des personnes, ici aussi le droit commun trouve à s'appliquer, à une nuance près cependant : celle de l'absence, en certaines hypothèses, d'effet rétroactif alors que traditionnellement une telle sanction implique qu'une remise des choses en l'état antérieur¹⁰¹⁵ au contrat soit opérée¹⁰¹⁶. Encore que certaines conventions soient pleinement soumises, sur cet aspect également, aux règles du régime général. En somme, lorsque la rétroactivité est rejetée, la sanction se rapproche alors davantage de la caducité puisqu'elle n'opérera que pour l'avenir. Une telle solution n'illustre nullement la faveur du législateur à l'égard des contractants, mais se déduit simplement du particularisme des conventions dans ce champ disciplinaire. Par exemple, il est indéniable qu'une personne qui aurait consentie, moyennant rémunération à donner l'un de ses produits corporels, ne pourrait pas prétendre, en dépit de l'absence de licéité de l'acte, à un retour au *statu quo ante*, la restitution en nature étant à l'évidence strictement impossible. Il y a donc un obstacle de fait dans certaines conventions en droit des personnes à une telle restitution en nature. En revanche, celle par équivalent semble être admise, de sorte que les contrats en droit des personnes se trouvent ainsi placés dans une situation identique à ceux à exécution successive, alors même qu'ils sont à exécution instantanée.

B. L'éviction des clauses illicites

320. La purge de l'illicéité. En certaines hypothèses, la sanction applicable à un contrat qui contreviendrait à la dignité humaine sera moins radicale que la nullité. Plus précisément, au lieu de sanctionner la convention en son ensemble, seules les clauses illicites sont évincées par le mécanisme du « réputé non écrit ». Le juge veille ainsi à censurer l'immoralité ou l'illicéité du contenu obligationnel. A par exemple été annulée pour illicéité une convention conclue entre un médecin, spécialisé dans la chirurgie esthétique, et une femme, aux termes de laquelle il s'était fait consentir la faculté de réaliser une opération de redressement sur l'un des deux seins

¹⁰¹⁵. L'article 1178, alinéa 2 du code civil dispose ainsi que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

¹⁰¹⁶. A. BOUZIGES, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, Thèse dactyl. Poitiers, 1982 ; E. POISSON-DROCOURT, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, *D.* 1983, chron. p. 85 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992.

de la patiente et dont il était l'inventeur, le tout, à des fins publicitaires¹⁰¹⁷. A également été censurée la convention par laquelle une jeune fille avait autorisé le prélèvement d'un lambeau tatoué de sa peau à des fins exclusivement commerciales¹⁰¹⁸. De même a pu être sanctionnée, en raison de sa contrariété aux bonnes mœurs, la convention de strip-tease conclue entre un entrepreneur de spectacle et quatre jeunes femmes, laquelle prévoyait leur déshabillage en public contre rémunération,¹⁰¹⁹ ou encore celle emportant révélation de faits intéressant la sexualité d'une personne¹⁰²⁰. Dans la même perspective, doit être annulé pour immoralité le contrat prévoyant le récit, contre rémunération, des opérations de réassignation subies par un transsexuel¹⁰²¹. S'agissant ensuite des contrats portant sur le droit moral de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, les clauses potestatives, considérées comme illicites¹⁰²², doivent de même être écartées sans que ne soit obérée la validité de l'acte pour le reste de ses dispositions. De même la clause dérogeant au principe de la rémunération proportionnelle s'agissant d'un contrat relatif au droit moral de l'auteur sera seule annulée dès lors qu'elle n'a pas été déterminante du consentement de l'auteur¹⁰²³.

Il convient de relever qu'une telle purge de l'illicéité n'a rien de topique au droit des personnes puisqu'elle trouve également élection dans d'autres champs juridiques, tel par exemple le droit des sociétés et l'éviction des clauses léonines¹⁰²⁴. De même est-elle expressément prévue par l'article 1184 du code civil qui prévoit que « *lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte la nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien* ». En somme, référer à la dignité pour réguler les volontés contractuelles en droit des personnes n'implique pas nécessairement

¹⁰¹⁷. C.A. Lyon, 27 juin 1913, *D.* 1914, 2, 73, note H. LALOU.

¹⁰¹⁸. V° la célèbre affaire dite « *de la Rose tatouée* », TGI Paris 3 juin 1969, *D.* 1970, 136, note J.P.

¹⁰¹⁹. TGI Paris, 8 nov. 1973, *D.* 1975, p. 401, note M. Puech ; *RTD civ.* 1974. 806, obs. Y. LOUSSOUAM.

¹⁰²⁰. CA Paris, 21 janv. 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 1, 375 ; *RTD civ.* 1972. 589, obs. R. NERSON.

¹⁰²¹. CA Paris, 21 janv. 1972 *Gaz. Pal.* 1972, 1, 375, *ibid.*

¹⁰²². CA Paris, 25 avr. 1989, *D.* 1990, somm. p. 58, obs. C. COLOMBET. – Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2003, comm. 21, note Ch. CARON ; *Propr. Intell.* 2003, n° 7, p. 165, note P. SIRINELLI ; *RIDA* 2003, n° 196, p. 415, note A. KEREVER.

¹⁰²³. CA Paris, 28 févr. 2003, *Comm. com. électr.* 2003, comm. 68, note Ch. CARON.

¹⁰²⁴. C. civ. art. 1844-1, alinéa 2.

qu'il soit dérogé au régime général du contrat s'agissant de la sanction de l'illicéité du contenu obligationnel.

§ II. LA MOBILISATION COMPLÉMENTAIRE DU PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE

321. La mission des autorités administratives indépendantes. Il convient enfin d'indiquer qu'à côté de la jurisprudence, certaines autorités peuvent également réprimer les conventions attentatoires à la dignité de la personne humaine. Par exemple, alors même qu'une personne aurait consenti à l'exploitation par autrui de son image, notamment en participant à une émission télévisée, le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁰²⁵ peut parfaitement censurer toute diffusion y contrevenant,¹⁰²⁶ ou émettre un rappel à l'ordre afin que de telles atteintes ne soient pas reproduites. C'est ainsi que celui-ci a notamment imposé à la production, à l'égard des participants au jeu télévisé *Secret Story*, que des plages horaires non filmées soient aménagées, afin que le contrat ne porte pas atteinte à leur dignité.¹⁰²⁷ Poursuivant le même objectif, le CSA a également mis en demeure la chaîne audiovisuelle W9 de respecter « à l'avenir le principe de dignité de la personne humaine » à l'occasion de la diffusion de l'émission « Dilemme ». Il est ainsi venu dénoncer l'atteinte portée à la dignité de l'une des candidates lors de l'émission du 25 juin 2010, laquelle avait été montrée portant un collier de chien relié à une laisse, une telle séquence ayant été considérée par l'autorité comme « *un traitement avilissant et dégradant* ». Plus récemment encore, le conseil supérieur de l'audiovisuel est venu rappeler à l'ordre France Télévisions alors qu'il avait été saisi à propos de l'une des séquences de l'émission *Fort Boyard* du 24 juin 2017 diffusée sur France 2, dénommée *Asile*. Alors que l'article 36 du cahier des charges de France Télévisions prévoit que celle-ci « *veille au respect de la personne humaine et de sa dignité. Elle contribue à travers ses programmes et son traitement de l'information et des problèmes de société, à la lutte contre les discriminations et les exclusions de toutes sortes* », le conseil a considéré que la séquence litigieuse, montrant une personne enfermée dans une cellule capitonnée, contrevenait à cette

¹⁰²⁵. Cette autorité a été créée par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, J.O. 18 janvier.

¹⁰²⁶. A. GOGORZA, *La dignité humaine*, in *Droits de la personnalité*, préc., n° 308, p. 182.

¹⁰²⁷. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 297, p. 454.

disposition en ce qu'elle avait pour effet de stigmatiser les individus atteints de troubles psychiatriques ou psychiques¹⁰²⁸.

À côté du champ audiovisuel, c'est également celui de l'utilisation des données personnelles qui ne doit jamais conduire à obérer l'intégrité morale de la personne, et la Cnil veille particulièrement. Cette instance se voit ainsi reconnaître la possibilité de sanctionner le traitement qui y contreviendrait en prononçant une amende administrative, ou exiger que celui-ci soit mis en conformité et le cas échéant sous astreinte. Elle peut encore limiter temporairement ou définitivement le traitement litigieux. C'est ainsi par exemple que la formation restreinte de la CNIL a sanctionné la société Dailymotion à hauteur de 50.000 euros pour ne pas avoir suffisamment sécurisé les données des utilisateurs inscrits sur sa plateforme d'hébergement de contenus vidéos¹⁰²⁹. De même la CNIL a-t-elle pu prononcer une sanction pécuniaire de 10.000 euros à l'encontre de la société Assistance Centre d'Appels pour avoir notamment mis en œuvre illégalement un système de biométrie aux fins de contrôle des horaires de son personnel¹⁰³⁰. Un tel système contrevient en effet manifestement à la dignité des salariés en permettant leur contrôle permanent et disproportionné de leur temps de travail. Il convient par ailleurs de relever que cette préoccupation de la protection de la dignité humaine du salarié à l'occasion de la collecte de ses données personnelles innerve également le droit communautaire puisque l'article 88 du RGPD prévoit que les « *États membres peuvent prévoir, par la loi ou au moyen de conventions collectives, des règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail...* », et ajoute que « *ces règles comprennent des mesures appropriées et spécifiques pour protéger la dignité humaine, les intérêts légitimes et les droits fondamentaux des personnes...* ». Nul besoin de bercer davantage ici dans la litanie pour entrapercevoir la mobilisation protéiforme du principe de dignité lorsqu'il s'agit de sanctionner les contrats qui y contreviendraient.

¹⁰²⁸. CSA, *Ass. plén.* 6 septembre 2017.

¹⁰²⁹. CNIL, formation restreinte, délibération n° San-2018-008 du 24 juillet 2018.

¹⁰³⁰. CNIL, formation restreinte, délibération n° San-2018-009 du 6 septembre 2018.

322. Conclusion de Chapitre. Paradigme de l'humanité même, la dignité se dévoile, en son versant négatif, comme un principe contenant la nucléation des contrats en droit des personnes qui y contreviendraient. Et elle y participe à la fois en amont en étant le point d'ancrage de la prohibition des contrats déshumanisants, mais également en aval en constituant le vecteur transcendantal sur lequel s'appuient tant le pouvoir judiciaire que les autorités administratives pour faire obstacle aux effets contractuels contraires à l'immanence du contractant vulnérable.

323. La régulation *ex ante* de la contractualisation. Aussi l'essor de la contractualisation vient-il s'échouer contre cette bastille à ce jour toujours infranchissable, en témoigne l'affirmation de l'illicéité des contrats emportant une déshumanisation de la personne. Encore qu'en certaines hypothèses justifiées par un intérêt supérieur, certaines brèches peuvent apparaître. Il est en effet de nombreuses conventions qui potentiellement obèrent les exigences induites de la dignité, sous couvert de l'intérêt légitime de la personne ou d'un tiers, voire de l'intérêt général. Mais l'observation est-elle réellement aussi alarmante et déconcertante qu'elle ne le paraît ? Il semble bien qu'il faille s'extraire de l'écueil d'un amenuisement comme peau de chagrin de la dignité, tant l'âme du principe demeure, seules certaines de ses ramifications souffrant de nécessaires assouplissements. Et l'acceptation est d'autant plus vérifiable que la dignité permet également en aval que soit garanti le respect dû au contractant vulnérable.

324. La régulation *ex post* de la contractualisation. Il est en effet des hypothèses où cet encadrement a priori se révèle infructueux, laissant alors place à une régulation curative, dont l'architecture est elle aussi édifiée sur le socle de la dignité. C'est ainsi que la dignité ressort également comme un principe correctif, permettant au juge de sanctionner les effets des conventions qui contreviendraient à la vulnérabilité du contractant faible. La dignité est ainsi devenue le bras armé du pouvoir judiciaire, mais pas seulement, puisque diverses instances veillent à son côté à ce que ne soit jamais obérée la dignité du contractant vulnérable, lesquels s'érigent ensemble contre les clauses contractuelles portant une atteinte intolérable à l'immanence de la personne humaine. Or, une telle immixtion n'est pas sans rappeler la nécessaire supériorité de la dignité sur le contenu obligationnel de l'acte. Autrement dit, si le droit objectif tolère le déploiement des volontés contractuelles en droit des personnes, il s'attache en revanche à ce qu'elles n'entrent jamais en conflit avec l'impérieuse exigence de dignité.

325. Conclusion de Titre. Souligner l'anthropocentrisme de la contractualisation en droit des personnes, c'est tout d'abord constater la mobilisation du principe de dignité pour limiter le déploiement des volontés contractuelles afin que le respect dû à la personne humaine ne soit jamais contredit. En somme, si l'incursion du contrat dans ce champ disciplinaire pouvait de prime abord susciter l'inquiétude tant il importe que la personne humaine ne soit jamais appréhendée comme une chose, un moyen, mais toujours valorisée comme la fin du droit, il a toutefois été démontré que le droit objectif a opposé au déploiement des droits subjectifs une réaction épidermique articulée autour du principe de dignité humaine, lequel s'affirme sans cesse davantage comme un principe directif et directeur du phénomène de contractualisation en droit des personnes.

326. La dignité : un principe directif. Ce qui caractérise la personne humaine et la distingue des choses c'est sa dignité a-t-on dit. Aussi n'y-a-t-il rien d'incongru à ce que celle-ci constitue la principale limite érigée face aux volontés contractuelles potentiellement réificatrices. Il est vrai que le concept de dignité possède indéniablement et invariablement un terreau culturel et idéologique participant à en faire un principe fonctionnel lorsqu'il s'agit de réguler la floraison des volontés contractuelles en droit des personnes. Recourir ainsi de manière réflexive à la dignité n'est donc pas qu'un simple effet de mode, une hérésie ou même une excentricité institutionnelle supplémentaire. Mais n'y aurait-il toutefois pas quelques vicissitudes à systématiser de la sorte sa référence ? La colonisation de l'ensemble de l'ordonnement juridique par la dignité ne revient-elle pas in fine à la vulgariser ? En somme, n'est-ce pas ici la crainte de sa dilution¹⁰³¹ qui serait à redouter ? Il a en effet été démontré que la dignité n'est pas plus absolue qu'un autre principe¹⁰³², et demeure, à cet égard, susceptible de fluctuer¹⁰³³ au gré des avancées scientifiques et des considérations éthiques et sociales. Or, puisque « *plus qu'hier et peut-être demain encore plus, tout a été et sera remis en cause* »¹⁰³⁴,

¹⁰³¹. La même remarque peut être opposée à la diffusion de la rhétorique contractuelle. En effet, la contractualisation apparaît comme un phénomène extensif poursuivant sans cesse sa conquête du droit positif et induisant, à chaque nouvelle poussée, une relativisation de la figure contractuelle de droit commun.

¹⁰³². N. MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, in *La dignité de la personne humaine*, préc., p. 123.

¹⁰³³. La dignité humaine ressort ainsi comme « *une notion contingente dont le contenu n'a pas cessé de se modifier avec le temps* » : A. LECA, *Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain*, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 47.

¹⁰³⁴. Ph. MALAURIE, *Avant-propos de la troisième édition*, in *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS (dir.), Defrénois, 4^{ème} éd., 2009.

il n'y a alors rien de déraisonnable à supposer qu'il en ira de même pour la dignité, celle-ci semblant ainsi destinée à s'affaiblir – et à tout le moins évoluer - au fur et à mesure que croîtront les besoins humains et thérapeutiques, et dès lors que les avancées technologiques le permettront¹⁰³⁵. Et il y a tout lieu de croire que sa mobilisation exponentielle par le droit objectif, peut venir accentuer encore davantage le risque de son affaiblissement excessif et réducteur¹⁰³⁶. Mais pis encore, le processus ne serait-il déjà pas insidieusement à l'œuvre ? La dignité ne serait-elle d'ores-et-déjà pas promise à un avenir funeste, à tout le moins dans son acception objective ? À l'évidence au moins partiellement – et le droit des personnes en témoigne manifestement - tant la dignité, supposée immuable, intangible, fluctue sans cesse et inlassablement. Son avenir semble donc entendu : il serait celui qui assisterait à son amenuisement comme peau de chagrin. Encore qu'il soit permis de croire, sans doute avec un peu de naïveté, que le retour de la modération juridique, synonyme d'utilisation parcimonieuse d'un tel principe ontologique, contribuerait à ne pas davantage en accentuer la banalisation.

327. La dignité : un principe directeur. Quoiqu'il en soit, la dignité demeure à ce jour préservée en dépit de la contractualisation en droit des personnes à l'égard de laquelle elle se révèle comme le socle sur lequel s'érigent les limites objectives opposées au dynamisme des volontés contractuelles. Il a en effet été démontré que la promotion du contrat en ce champ juridique ne devait jamais contribuer à faire descendre l'individu du piédestal sur lequel l'humanisme l'avait placé et jusque-là maintenu. Et l'exigence du respect de la dignité humaine permet de maintenir la transcendance que le droit des personnes paraissait pourtant devoir abandonner chaque jour un peu plus sous l'effet du phénomène de contractualisation. C'est ainsi que, sans optimisme exacerbé aucun, le présupposé de départ de la décadence de l'immanence humaine a pu être pourfendu.

¹⁰³⁵. La technicisation et la biologisation de la société tendent à faire plier le droit, et tout spécialement faire reculer les limites du « dignement acceptable ». Dans le même temps, le droit objectif multiplie les interventions dans l'acte contractuel afin de contrecarrer les risques pour la dignité qu'il a lui-même créés en légitimant de telles pratiques. V° notamment en ce sens, CC, 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC, JORF du 7 août 2013, p. 13450, texte n° 2, cons. 14 à 17 : « *Si le législateur a modifié certaines des conditions permettant l'autorisation de recherche sur l'embryon humain et sur les cellules souches embryonnaires à des fins uniquement médicales, afin de favoriser cette recherche et de sécuriser les autorisations accordées, il a entouré la délivrance de ces autorisations de recherche de garanties effectives. Ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ».

¹⁰³⁶. Il est en effet à craindre que les avancées scientifiques et biotechnologiques soient « *toujours ou presque toujours légalisées* » : B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica, 2000, p. 42.

TITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES VOLONTÉS CONTRACTUELLES

328. La coexistence d'une face positive de la dignité. À côté de la face négative de la dignité, réductrice de la volonté contractuelle, coexiste un autre hémisphère dont l'orientation davantage positive s'avère créatrice de droits en faveur du contractant vulnérable. Aussi la dignité n'est-elle pas simplement déclaratoire en tant que principe ontologique, puisque lorsqu'elle est confrontée au droit des contrats, elle ressort également comme « *un concept juridique directement opératoire* »¹⁰³⁷, permettant une régulation des relations contractuelles déséquilibrées dans un sens conforme à la protection des intérêts supérieurs de la partie faible.

329. La dignité : un principe normatif. La dignité montre ainsi une connotation prescriptive, laquelle participe à faire d'elle le socle sur lequel s'épanouit sans cesse davantage l'ordre public de protection ; elle est en ce sens un référentiel pourvoyeur de droits en faveur du contractant vulnérable.

330. L'ordre public prescriptif¹⁰³⁸. Il a été démontré précédemment que l'ordre public de direction ne saurait être un bastion infranchissable. Aussi, là où la sphère contractuelle s'étend au point d'accroître significativement la vulnérabilité de certains contractants – et tel est le cas lorsqu'elle se déploie en droit des personnes – est donc apparue l'impérieuse nécessité de la tempérer et l'orienter. C'est ainsi qu'à progressivement émergé un ordre public nouveau, à la coloration positive et prescriptive, dit de « protection »¹⁰³⁹. Alors que l'ordre public de direction œuvre à la protection des intérêts collectifs, de l'intérêt général, celui de protection s'attache à préserver les intérêts individuels des sujets de droit,¹⁰⁴⁰ ou plus précisément, de certaines catégories de contractants jugés « faibles ». Aussi importe-t-il de mettre en exergue le

¹⁰³⁷. M. FABRE-MAGNAN, Introduction au droit, PUF, Paris, p. 97.

¹⁰³⁸. V° notamment sur cette notion, G. COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *Études offertes à Jacques FLOUR, Rép. du notariat Defrénois*, 1979, p. 95 et s.

¹⁰³⁹. Certains auteurs ont toutefois soulevé les difficultés d'application de la distinction. V° notamment en ce sens, J. MESTRE, L'ordre public dans les relations économiques, in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Th. REVET (dir.), Dalloz, 1996, spéc. p. 33.

¹⁰⁴⁰. Sur cette protection, v° notamment Rapp. Cass. 2013, Partie 3, *Les finalités de l'ordre public*.

dédoublément¹⁰⁴¹ de « *cette instance de structuration sociale* »¹⁰⁴², sous l'effet de la « *pulvérisation de l'ordre public en ordres publics* »¹⁰⁴³, laquelle s'est épanouie à la faveur d'une approche davantage subjective de l'acte contractuel¹⁰⁴⁴ et participe à rétablir l'équilibre des relations asymétriques en droit des personnes.

331. La conceptualisation de l'ordre public de protection. En effet, « *dans la locution « ordre public de protection », la protection est le fait de « mettre quelqu'un à l'abri d'un danger* »¹⁰⁴⁵. De prime abord, cet ordre public¹⁰⁴⁶ est fondamentalement différent de celui issu des dispositions de l'article 6 du Code civil¹⁰⁴⁷, et son développement est à rechercher dans la croyance en la capacité étatique à influencer sur le contrat dans un sens conforme à l'utilité sociale. Plus précisément induit-il que les autorités législative et judiciaire s'immiscent dans les accords de volontés mettant aux prises « *des parties de puissance économique inégale afin de protéger la partie faible* »¹⁰⁴⁸. Cet ordre public vise ainsi à « *rétablir entre le faible et le fort l'équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel* »¹⁰⁴⁹. Ainsi recouvre-t-il comme objectif principal de restreindre « *les abus inévitablement engendrés par le règne de*

¹⁰⁴¹. Sur la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection, v° notamment J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, *op. cit.*, p. 140 et s.

¹⁰⁴². P. DEUMIER et Th. REVET, Ordre public, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, pp. 1120-1121.

¹⁰⁴³. « *L'ordre public se conjugue ainsi au pluriel* » : G. PIGNARRE, Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ?, *Rev. des contrats*, 1^{er} janvier 2013, n° 1, p. 251, spéc. n° 3. Cette auteure met particulièrement bien en exergue l'évolution ayant abouti à la distinction entre ces deux ordres publics. Elle indique que Japiot distinguait déjà entre « *l'ordre public supérieur visant les textes purement prohibitifs (...) de l'ordre public inférieur ayant pour finalité la défense d'intérêts variés* ». L'auteure ajoute qu'ultérieurement, l'ordre public économique a vu le jour « *sous les vocables d'ordre public négatif* » visant à limiter la liberté contractuelle, ainsi que « *d'ordre public positif en application duquel le contrat doit être coulé dans un certain moule afin de rééquilibrer les termes de l'échange au profit de la partie faible* ».

¹⁰⁴⁴. Sur le lien entre la contractualisation du droit et le développement de l'ordre public de protection, v. notamment G. PIGNARRE, Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ?, *op. cit.*, spéc. n° 32.

¹⁰⁴⁵. C. NOBLOT, Th. préc., n° 24, p. 17.

¹⁰⁴⁶. Ce nouvel ordre public s'attache principalement à la personne, les mesures en résultant étant porteuses de valeurs essentielles, telle celle de dignité de la personne humaine. V° Droits de la personnalité, SAINT-PAU (dir.), *Lexis Nexis*, 2013, préc., p. 57.

¹⁰⁴⁷. Pourtant, la dichotomie est loin d'être totale. En effet, en droit des personnes, l'ordre public de protection vise également à protéger, au-delà des intérêts individuels des individus, l'intérêt général, et plus particulièrement la sacralité de la personne humaine.

¹⁰⁴⁸. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis de droit privé, Paris, 1996, n° 357, p. 300, et des mêmes auteurs, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 383, selon lesquels l'ordre public de protection « *se propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel.* »

¹⁰⁴⁹. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 1999, n° 359, p. 355, cité par C. NOBLOT, Th. préc., p. 17, selon qui la protection ainsi accordée « *vise à corriger, à niveler, bref à se rapprocher de l'idéal d'égalité par le droit* ».

l'autonomie de la volonté dans un rapport structurellement inégalitaire »¹⁰⁵⁰. C'est ainsi qu'à une approche purement abstraite du contrat, telle qu'elle résultait du principe de l'autonomie de la volonté pris en son sens le plus absolu, se substitue progressivement une considération davantage concrète articulée autour de la prise en compte de la situation particulière de certains contractants dont la faiblesse contractuelle¹⁰⁵¹ est avérée. Aussi, assis sur le constat de l'inégalité juridique, l'ordre public de protection a été inventé initialement afin de protéger le salarié à l'encontre de son employeur¹⁰⁵², celui-ci s'étant ensuite étendu à d'autres catégories de contractants, tels notamment les consommateurs mais également ceux du droit des personnes. Ainsi considéré, l'ordre public de protection vise à garantir aux contractants un minimum de droits, mais n'interdit en revanche pas qu'il y soit dérogé par des règles plus favorables.

332. La protection d'intérêts catégoriels. Entendu ainsi, l'ordre public de protection paraît ne protéger que des intérêts particuliers, là où l'ordre public de direction s'érige en gardien de l'intérêt général. Pourtant l'affirmation n'est-elle pas si catégorique qu'elle ne paraît ; elle prête même le flanc à la critique puisqu'à l'évidence, même lorsque la règle d'ordre public vise à défendre un intérêt catégoriel, elle sert par-delà un intérêt supérieur¹⁰⁵³, tel en droit des personnes, celui du respect de la dignité de la personne humaine.

333. La protection de l'intérêt général. Semble ainsi se dévoiler en ce domaine une relation circoncentrique. Plus précisément, l'exigence de dignité induit-elle le développement de l'ordre public de protection en réaction au phénomène de contractualisation en droit des personnes, c'est-à-dire la protection d'intérêts catégoriels, lequel participe au-delà à garantir le respect de la dignité objective et donc de l'intérêt général.

334. Une correction irriguant l'ensemble du contrat. Les hypothèses d'asymétrie conventionnelle qu'accueillent le droit des personnes ne sauraient donc être ignorées du droit objectif, celui-ci intervenant afin d'orienter le déploiement des droits subjectifs. S'opère ainsi

¹⁰⁵⁰. Th. REVET, L'ordre public dans les relations de travail, in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Th. REVET (dir.), Dalloz, 1996, p. 43, spéc. n° 2.

¹⁰⁵¹. Le législateur fait déjà depuis longtemps œuvre de protection de la partie faible dans différents contrats, dont la nature contractuelle ne souffre pourtant d'aucune contestation. C'est ainsi que le salarié ou encore le consommateur bénéficie d'un dispositif hétéronome protecteur visant à contrebalancer l'inégalité structurelle de la relation.

¹⁰⁵². En raison du lien de subordination inhérent à une telle relation contractuelle, le salarié est en effet perçu comme la partie faible devant être protégée.

¹⁰⁵³. C'est ainsi que le principe de gratuité régissant notamment les dons de produits du corps humain, s'il vise à protéger le corps de la personne et celle-ci de toute forme de marchandisation, il contribue au-delà, à garantir l'effectivité de sa dignité, et *in fine*, l'intégrité de l'espèce humaine.

une compensation institutionnelle de la vulnérabilité contractuelle dans un sens conforme à l'exigence du respect de la personne humaine. Mais référer à cet égard à la dignité pour compenser la vulnérabilité contractuelle peut de prime abord laisser supposer le déploiement d'un régime juridique en marge du droit commun. Pourtant, les développements qui suivent doivent au contraire révéler l'absence de torsion spectaculaire du régime général en dépit de l'influence anthropocentriste à laquelle se trouvent soumis les contrats en droit des personnes, et qui prend corps par le truchement du principe de dignité sur le fondement duquel fleurissent différents droits en faveur du contractant vulnérable, tant au stade de la formation de l'acte (CHAPITRE I), que de son exécution (CHAPITRE II).

CHAPITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DE LA FORMATION DES CONTRATS

335. Bienveillance objective à l'égard du contractant vulnérable. Pas à pas, étape par étape, le législateur est venu encadrer strictement le déploiement des relations contractuelles afin que soit en toutes hypothèses garanti le respect dû à la personne humaine, et notamment au contractant faible. Il est vrai, et nul n'en disconvient sans doute, que celui-ci se trouve dans une situation contractuelle impliquant que le droit objectif enserme les contrats dans un halo institutionnel utile à la compensation de sa vulnérabilité contractuelle. Et ce changement de paradigme, s'il en est, affecte peu ou prou l'ensemble du processus de formation du contrat, le respect de la dignité de la personne humaine ressortant ainsi comme la constante autour de laquelle s'articule la compensation objective de l'asymétrie conventionnelle. Aussi, s'il a été démontré que référer à la dignité n'était pas neutre lorsqu'il s'agissait de faire obstacle au déploiement des volontés contractuelles qui y contreviendraient par nature en raison de leur contenu ou leurs effets, il convient désormais de relever la même efficacité du principe s'agissant des conventions n'y contrevenant pas directement mais impliquant néanmoins certaines faveurs institutionnelles à destination du contractant dont l'attribut extrapatrimonial participe de la matière du contrat. En somme, le respect de la dignité de ce dernier a-t-il induit la prescription par le droit objectif d'un ensemble de principes, qui constituent autant de règles impératives pour le contractant fort, et de droits pour le contractant vulnérable, et auxquels ceux-ci ne peuvent déroger, sauf à ce que soit contredit le respect dû à ce dernier. Ainsi posée l'acceptation, il paraît de bon ton de supposer, de prime abord, que celle-ci implique nécessairement que le processus de formation des contrats en droit des personnes évolue en marge du régime général. Mais les développements qui suivent doivent au contraire révéler l'absence de schisme radical avec le droit commun, que l'encadrement institutionnel irrigue les conditions de fond de formation des contrats (Section 1), ou celles de forme (Section 2).

SECTION 1. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES CONDITIONS DE FOND

336. La formation de tout contrat implique, à titre de validité, que celle-ci satisfasse à trois conditions de fond. Pour qu'il y ait contrat en effet, l'article 1128 du code civil impose en effet que les parties y consentent, qu'elles aient pour ce faire la capacité d'entrer en relation, et que leur accord ait un contenu licite et certain. Les deux dernières conditions ont été analysées précédemment à l'occasion de l'étude de la face prohibitive de la dignité, puisqu'elles participent à faire échec total au déploiement des volontés contractuelles contrevenant au respect dû à la personne humaine. L'analyse des exigences entourant l'émission du consentement des parties, et plus spécialement de celui du contractant vulnérable, trouve en revanche place au sein des présents développements puisque la dignité joue à l'égard de celui-ci, non plus un rôle annihilateur, mais prescriptif duquel est résultée la proclamation de différents principes visant à compenser sa vulnérabilité contractuelle. Mais la dignité n'influe pas seulement sur le régime du consentement ; elle est également le référentiel à l'aune duquel le législateur vient, non plus déterminer négativement l'étendue du contenu obligationnel et prohiber celui qui est illicite, mais influencer positivement sur celui licite afin de renforcer la protection du contractant vulnérable. Le contrebalancement de l'inégalité contractuelle se traduit ainsi au stade des conditions de fond de formation du contrat, par un encadrement objectif strict de l'échange des consentements (§ I) ainsi que par l'enrichissement institutionnel du contenu obligationnel (§ II).

§ I. L'ENCADREMENT OBJECTIF DE L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

337. Une manifestation de volontés encadrées. Afin que les contrats soient légalement formés – et le droit des personnes ne saurait faire figure d'exception - les contractants doivent à l'évidence échanger leur consentement. Néanmoins, là où parfois un simple « oui » informel, voir tacite peut suffire à emporter leur formation, le législateur impose, dans le champ juridique

objet de la présente étude, que la manifestation de volonté de la partie faible réponde à différents critères objectifs.

338. La variabilité de l'intensité de l'encadrement objectif de l'échange des consentements. Il est évident que là où l'accord ne présente aucun danger pour la vulnérabilité du contractant faible, tels les contrats emportant la cession de phanères, l'échange des consentements peut intervenir en dehors de toute prescription objective, autre que celle de l'ordre public. Aussi convient-il d'écarter de la présente analyse les conventions pour lesquelles aucun renfort du droit commun n'est opéré. De même la manifestation de la volonté du contractant fort n'appelle-t-elle aucune précision dans la perspective ici retenue puisque les règles du régime général lui sont parfaitement applicables. En revanche, il importe ici de mettre en exergue l'intimité entre les caractères impératifs que doit épouser le consentement de la personne dont l'attribut extrapatrimonial constitue la matière de l'acte, et la compensation de l'asymétrie conventionnelle par référence au principe de dignité humaine. Or, afin que soit garanti le respect qui lui est dû, le contractant vulnérable doit personnellement consentir à l'acte (A), et de manière intègre (B).

A. L'exigence du consentement personnel du contractant vulnérable

339. Une exigence consubstantielle au caractère éminemment personnel de l'acte. Traditionnellement, il est requis d'être capable et sain d'esprit pour pouvoir s'engager seul par un contrat¹⁰⁵⁴, mais l'analyse de la contractualisation en droit des personnes laisse apparaître un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles, même en cas d'incapacité du contractant, le consentement de la personne dont l'attribut extrapatrimonial participe du contenu du contrat doit être recherché. Il est en effet des actes éminemment personnels qui ne peuvent être accomplis que par la personne même, ou avec l'adjonction de son consentement.

340. L'autonomie et la sécurité du contractant vulnérable. Il est vrai que par la contractualisation en droit des personnes, le législateur s'attache de plus en plus à respecter l'autonomie de la personne, il en va de sa dignité subjective. Mais il veille également à ce qu'elle ne soit jamais appréhendée comme une chose, il en va de sa dignité objective. Or,

¹⁰⁵⁴. L'article 1128 du code civil prévoit en effet qu'il importe pour la validité du contrat que les parties aient la « *capacité de contracter* », l'article 1129 précisant quant à lui que « *conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* ».

s'affirmer en tant que fin, et non comme moyen, implique de pouvoir exercer sa liberté sans que les effets qui en résultent ne contreviennent à l'incommensurabilité humaine.

Est ainsi tout d'abord recherché, sauf exceptions résiduelles, le consentement personnel du titulaire de l'attribut extrapatrimonial. Traduction pratique de l'exigence du respect de l'intégrité de la personne et partant, de sa dignité, cette règle tend également à asseoir l'autonomie des individus. Doit ainsi être nécessairement personnelle¹⁰⁵⁵, l'autorisation donnée notamment en matière de droits de la personnalité. C'est ainsi par exemple qu'en matière de droit à l'image, tout intéressé doit consentir personnellement à la captation et l'exploitation de son attribut. À tout le moins la règle ne fait-elle aucun doute s'agissant des majeurs et des mineurs émancipés puisqu'ils disposent, sans restriction aucune, d'une pleine capacité juridique¹⁰⁵⁶. Mais qu'en est-il des personnes protégées ? Il est vrai que l'article 1146 du Code civil dénie la capacité de contracter aux mineurs non émancipés ainsi qu'aux majeurs protégés au sens de l'article 425 du même code, soit à « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté [...]* ». Traditionnellement, le législateur leur permet néanmoins de devenir parties à certains contrats par le truchement d'une représentation.

341. Une exigence régissant l'entrée dans le contrat des personnes protégées. Elle est assurée tout d'abord, s'agissant des mineurs, par les titulaires de l'autorité parentale¹⁰⁵⁷, aucune autre personne n'étant habilitée à consentir au lieu et place du mineur pour celui-ci. A ainsi par exemple été jugé que le directeur d'un centre de rééducation ne pouvait valablement se substituer à eux pour autoriser la reproduction de l'image de leur enfant mineur¹⁰⁵⁸. Plus précisément, au regard du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹⁰⁵⁹, le consentement des deux¹⁰⁶⁰ parents semble alors nécessaire à la formation de l'acte, à l'exception toutefois des clichés qui seraient pris dans le cadre scolaire puisque de telles prises de vue

¹⁰⁵⁵. Sur l'impossible « *redivulcation* » de l'élément, v° C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., spéc. n° 351, p. 334.

¹⁰⁵⁶. C. civ., art. 1145 : « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* ».

¹⁰⁵⁷. C. civ., art. 371-1.

¹⁰⁵⁸. CA Paris, 17 déc. 1991, *D.* 1993. 366, note J. RAVANAS.

¹⁰⁵⁹. C. civ., art. 372.

¹⁰⁶⁰. En cas de désaccord, il est néanmoins possible de passer outre la volonté d'un des deux parents par référence aux pratiquement antérieurement suivies ou par décision judiciaire : C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., n° 371, p. 354.

relèvent plus simplement des actes d'exercice inhérents à l'autorité parentale¹⁰⁶¹. Sur ce point, la représentation ainsi instituée est parfaitement conforme au droit commun. Existe en revanche une exigence supplémentaire en ce domaine, induite par la spécificité de l'acte. Plus précisément, puisque celui-ci porte sur un attribut extrapatrimonial du contractant, et qu'il existe un lien indéfectible entre les deux, il semble que l'assentiment du mineur doive également en ce cas être recherché¹⁰⁶². Et le même raisonnement peut légitimement être déroulé à l'égard de la voix ou des éléments de la vie privée, puisqu'à l'évidence l'ensemble de ces attributs répondent au même régime juridique.

Cette même règle est par ailleurs également applicable aux actes portant sur le corps humain du mineur, puisque la loi du 4 mars 2002 prévoit en effet que l'accord du patient doit toujours être recherché s'il est apte à exprimer sa volonté. À l'évidence, une telle exigence trouve justification au regard du principe d'inviolabilité du corps humain et du nécessaire respect de l'intégrité physique du contractant. Entendue ainsi, rien ne fait obstacle à ce qu'elle régisse également l'entrée en relation du majeur placé sous curatelle¹⁰⁶³ ou sous tutelle¹⁰⁶⁴, que l'acte ait trait à sa réalité morale ou charnelle. Si en effet le consentement du représentant nommé par le juge des tutelles ou celui désigné dans un mandat de protection future doit être recueilli, celui de la personne protégée doit également, dans la mesure du possible, toujours être recherché.

En somme, en dépit de l'incapacité qui les touche, les mineurs non émancipés ainsi que les majeurs protégés conservent une part d'autonomie irréductible, dite « *capacité naturelle* »¹⁰⁶⁵, s'agissant des conventions portant sur leurs attributs extrapatrimoniaux, puisque le consentement de leur représentant seul est ici inefficace à former l'acte. En somme, tant le consentement du mineur seul¹⁰⁶⁶, que celui du titulaire¹⁰⁶⁷ de l'autorité parentale seul, ou celui du majeur seul ou de son représentant seul, ne peuvent suffire à emporter la formation du contrat

¹⁰⁶¹. S. ZOUAG, Droits de la personnalité : arrêt sur image, *JA* 2017, n° 557, p. 18.

¹⁰⁶². S. ZOUAG, Droit de la personnalité : arrêt sur image, *ibid.*

¹⁰⁶³. L'article 467 du code civil indique en effet que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* ». Aussi, par renvoi à l'article 475, il apparaît que la conclusion d'un contrat relatif à l'un de ses attributs extrapatrimoniaux ne peut être faite seul par le majeur protégé.

¹⁰⁶⁴. C. civ., art. 475.

¹⁰⁶⁵. R. NERSON, Les droits extrapatrimoniaux, Th. préc., n° 192.

¹⁰⁶⁶. Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1972, n° 70-13.377, *JCP G* 1972, II, n° 17209, concl. R. LINDON.

¹⁰⁶⁷. TGI Paris, 8 juil. 1970, *JCP G* 1970, II, n° 16550, note R. LINDON.

portant sur les attributs de la personnalité, tels l'image¹⁰⁶⁸, la voix, ou sur la réalité charnelle du contractant.

B. L'exigence du consentement intègre du contractant vulnérable

342. Comme pour tout contrat, le consentement des contractants doit nécessairement être intègre. Plus précisément doit-il être libre (1) et éclairé (2).

1. L'exigence du consentement libre du contractant vulnérable

343. Les fondements de l'exigence. Il est une constante en droit des contrats d'affirmer que le consentement doit être libre et non vicié¹⁰⁶⁹. Plus précisément, il doit être libre en ce qu'il est une manifestation de l'autonomie de la personne, et non vicié afin que son intégrité soit respectée.

344. Les moyens de respect de l'exigence. Traditionnellement, le droit commun, et plus particulièrement les vices du consentement ainsi que les règles légales de la capacité, suffisent à garantir une telle effectivité du consentement. En somme, afin que le contrat soit valable, il est impératif que le consentement du titulaire de l'attribut ne soit pas donné par erreur¹⁰⁷⁰, surpris par dol¹⁰⁷¹ ou extorqué par violence¹⁰⁷². Or, cette même exigence est applicable aux contrats en droit des personnes, et suffit à ce que soit protégée la liberté du consentement du contractant vulnérable, mais aussi sa dignité, le législateur n'opposant rien de plus aux volontés contractuelles à cet égard. Aussi n'est-il de quelconques besoins que d'approfondir ici, selon la perspective poursuivie, l'application de ces conditions. Encore que l'analyse aurait raisonnablement pu intégrer l'exigence afférente au consentement éclairé de la

¹⁰⁶⁸. CA Toulouse, 15 janv. 1991, *D.* 1991, jurisp. p. 600, note J. RAVANAS. – Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 1993, n° 91-13.587, *D.* 1993, jurisp. p. 614, note T. VERHEYDE.

¹⁰⁶⁹. L'article 1130 du Code civil dispose en effet que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de nature telle que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Par ailleurs, l'article 1131 du même code indique que « *les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat* ».

¹⁰⁷⁰. C. civ., art. 1132 et s.

¹⁰⁷¹. C. civ., art. 1137 et s.

¹⁰⁷². C. civ., art. 1140 et s.

partie faible dès lors qu'il est manifeste qu'elle participe également à renforcer l'effectivité de la liberté du consentement.

2. L'exigence du consentement éclairé du contractant vulnérable

345. Les modalités. Le consentement, pour être parfait, doit ensuite être éclairé. Sans doute les hypothèses conventionnelles où l'égalité contractuelle des contractants est avérée et la dignité de la partie faible préservée, n'ont-elles nullement besoin du support du droit objectif pour que soit satisfaite cette exigence. En revanche, il est manifeste que la contractualisation en droit des personnes révèle nombre de contrats présentant une asymétrie *inter partes* et bien souvent non anodine pour la condition humaine du contractant vulnérable. Il importe ainsi que celui-ci bénéficie du soutien du droit objectif afin que soit assurée une certaine civilité contractuelle qui ne pourrait pas, à l'évidence, émerger seule par le seul effet de l'échange des consentements. C'est ainsi que le contractant dont l'attribut extrapatrimonial participe du contenu du contrat se voit reconnaître un droit à information (2-1), ainsi qu'un droit à réflexion (2-2) afin qu'il puisse prendre l'entière mesure de son engagement.

2-1. Le droit à l'information du contractant vulnérable

346. Une consécration expresse et générale. La réforme de février de 2016 est venue consacrer un devoir général d'information¹⁰⁷³, dont la pertinence est d'autant plus évidente dans les conventions asymétriques, telles celles qu'accueille le droit des personnes. Sans doute cette évolution est-elle davantage pragmatique puisqu'incontestablement l'information conditionne l'autonomie et donc au-delà, la liberté contractuelle, en permettant une meilleure analyse quant à la portée de l'engagement souscrit. Aussi l'imposition d'un tel devoir au contractant fort ne contrevient-il pas à la liberté, mais au contraire en renforce l'effectivité. Il n'y a rien de déraisonnable à considérer qu'au-delà elle participe également à servir les intérêts de ce dernier, puisqu'un contrat dont les effets ont été consciemment acceptés doit en toute vraisemblance être davantage respecté. Aussi l'obligation d'information imposée au contractant fort dans les

¹⁰⁷³. L'article 1112-1 du code civil stipule en effet que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant », étant entendu que « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ».

contrats portant sur la réalité physique ou morale de la personne a pu être perçue comme trouvant « *son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹⁰⁷⁴.

347. Une obligation inhérente aux contrats portant sur la réalité physique du contractant. De même la Cour de cassation¹⁰⁷⁵ a-t-elle pu affirmer, au visa de l'article 16 du Code civil relatif à la dignité que « *toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de préventions proposés, des risques inhérents à ceux-ci (...)* », étant considéré que l'obligation concerne aussi bien les malades hospitalisés dans un établissement public ou privé, que ceux qui ne font pas l'objet d'une telle mesure. Plus largement encore, elle s'impose à tous professionnels de santé¹⁰⁷⁶. La même exigence trouve par ailleurs également élection en droit communautaire, l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne imposant en effet que soit respecté, dans le cadre de la médecine et de la biologie, « *le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi* ».

C'est ainsi par exemple, que dans une telle perspective, toute personne souhaitant recourir à une interruption volontaire de grossesse doit bénéficier d'une information exhaustive portant sur les méthodes médicales et chirurgicales devant être mises en œuvre, ainsi que sur les risques et effets potentiels. Et la jurisprudence apprécie strictement le respect de cette exigence, puisque tant les risques prévisibles, que ceux exceptionnels lorsqu'ils sont d'une particulière gravité, doivent être communiqués au créancier¹⁰⁷⁷. De même, toute personne se prêtant à une recherche scientifique doit recevoir une information exhaustive portant sur les risques et les bénéfices escomptés, ainsi que sur les méthodes mises en œuvre.

Mais ce droit à une information loyale et complète transparaît également d'autres textes en droit interne. Il a ainsi été affirmé en faveur du sujet d'une expérience médicamenteuse par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé¹⁰⁷⁸. Le CCNE s'est également

¹⁰⁷⁴. Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *LPA* 2001, n° 243, p. 1, note C. CLEMENT ; D. THOUVENIN, Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin, *D.* 2001.3470. *Adde* Rapp. Ann. de la Cour de cassation, 2010, *Le droit de savoir*, préc., p. 165.

¹⁰⁷⁵. Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591. - Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n° 11-18.327 : La Cour fonde sa décision sur les principes « *du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain* » pour réaffirmer expressément le principe selon lequel « *le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient, cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice* ».

¹⁰⁷⁶. *Lamy Droit des personnes et de la famille*, préc., V° La personne humaine, n° 208-52.

¹⁰⁷⁷. Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1992, n° 80-10.870, *Bull. civ. I*, n° 16.

¹⁰⁷⁸. ANAES, *Information des patients – Recommandations destinées aux médecins*, Mars 2000.

prononcé en faveur d'une telle reconnaissance au profit de la personne qui se prête à des actes de soins ou de recherches¹⁰⁷⁹ en précisant qu'il incombe au médecin d'informer clairement et de manière adaptée la personne afin qu'elle puisse exercer convenablement « *sa liberté de jugement et de décision* ».

Enfin, cette exigence informative est également décrite par l'article 35 du Code de déontologie médicale, lequel indique plus spécialement que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose [...]* ».

348. L'évolution du régime de l'obligation favorable au contractant faible. La vulnérabilité de la personne¹⁰⁸⁰ est ainsi supposée compensée par la fourniture d'une information complète¹⁰⁸¹ et appropriée par le contractant fort. Cette préoccupation, assez récente comme en témoigne sa chronologie, a d'ailleurs pu trouver un prolongement dans le revirement de jurisprudence intervenu relativement au titulaire de la charge de la preuve d'une telle obligation. Alors que pendant plusieurs décennies la Haute juridiction admettait qu'elle incombait au malade¹⁰⁸², elle a revu sa copie en 1997, considérant depuis que le médecin est tenu « *de prouver qu'il a exécuté cette obligation* »¹⁰⁸³ par tous moyens.¹⁰⁸⁴ Une telle position s'avère par ailleurs conforme à l'air du temps juridique, puisque généralement c'est à celui à qui incombe une telle obligation de rapporter la preuve¹⁰⁸⁵ de l'effectivité de son exécution.

En outre, si longtemps la Cour de cassation a admis que « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin [...]* est la perte de chance

¹⁰⁷⁹. CCNE, avis n° 58, 12 juin 1998, relatif à l'assistance médicale à la procréation, préc.

¹⁰⁸⁰. Le créancier est donc la seule personne sur qui porte l'accord, sauf s'il n'est pas apte à personnellement consentir à l'acte : Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301.

¹⁰⁸¹. V° notamment en ce sens, CA Paris, 14 nov. 2001, n° 2000/18712.

¹⁰⁸². Cass. civ. 29 mai 1951, *D.* 1952. 53, note R. SAVATIER ; *S.* 1953, 41, note R. NERSON ; *JCP* 1951, II, 6421, note R. PERROT ; *RTD civ.* 1951, 508, obs. H. et L. MAZEAUD. – V° encore, Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1995, *Bull. civ.* I, n° 159 ; *Dr. et patr.*, oct. 1995, 97, obs. F. CHABAS.

¹⁰⁸³. Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *Gaz. Pal.* 1997, 1, 274, rapp. P. SARGOS ; *D.* 1997, Somm. 319, obs. J. PENNEAU ; *JCP* 1997. I. 4025, obs. G. VINEY ; *CCC* 1997, comm. 76 et chron. 5, par L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997. 751, obs. J.-L. AUBERT ; *RCA* 1997, chron. 8, par C. LAPOYADE-DESCHAMPS ; *RTD civ.* 1997. 434, obs. P. JOURDAIN, et 924, obs. J. MESTRE. Cette position a trouvé écho dans les dispositions de l'article L. 1111-2, al. 7 créé par la loi de 2002.

¹⁰⁸⁴. Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *op. cit.* – Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, *JCP G* 1997, II, 22942, rapp. P. SARGOS ; *Resp. civ. et ass.*, 1997. comm. 372, obs. J. MESTRE.

¹⁰⁸⁵. Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *op. cit.*

d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé »¹⁰⁸⁶, de sorte que si le patient était tenu, au regard de son état de santé, d'accepter l'acte, aucun préjudice n'était dès lors retenu, elle est depuis revenue sur cette position. Elle considère ainsi désormais que « *le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice qu'en vertu du texte sus-visé le juge ne peut laisser sans réparation* »¹⁰⁸⁷. À l'évidence, l'ensemble de ces évolutions témoignent de la préoccupation contemporaine institutionnelle de la protection du contractant vulnérable.

349. Une obligation inhérente aux contrats portant sur la réalité morale du contractant. Et la même perspective se retrouve s'agissant des contrats portant sur la réalité morale de la personne. C'est ainsi que les conventions portant sur un attribut extrapatrimonial moral du contractant vulnérable, une même exigence d'information existe désormais conformément à l'évolution législative opérée en 2016. Encore qu'elle ait pu exister bien avant en certains domaines, tel par exemple s'agissant des contrats d'exploitation d'une œuvre de l'esprit, laquelle est en effet prévue par l'article L. 131-9 du Code de la propriété intellectuelle issu de la loi du 1^{er} août 2006. Et à l'évidence ici aussi la marque de la dignité, par le prisme du respect de l'intégrité morale du titulaire du droit, transparaît-elle aisément. Sans doute également justifie-t-elle en partie l'obligation d'information au responsable du traitement de données à caractère personnel. Cette obligation de transparence est notamment imposée par l'article 13 du RGPD s'agissant des données collectées auprès de la personne concernée, lequel dispose que le responsable du traitement doit fournir à celle-ci, au moment où les données à caractère personnel sont collectées, différentes informations visant à garantir un traitement « *équitable et transparent* », à l'exception de celles dont la personne serait en possession. Cette obligation d'information se rattache plus largement à celle de loyauté du traitement, déjà affirmée par la directive n° 95-46/CE du 24 octobre 1995¹⁰⁸⁸ en son article 6, par l'article 32 de la loi du 6 juillet 1978, et reprise par l'article 5 du RGPD qui impose un traitement licite, loyal et transparent au regard de la personne concernée. L'article 4 de ce même texte définit selon la même perspective le consentement comme « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un*

¹⁰⁸⁶. Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2007, *D.* 2008, p. 192, note P. SARGOS ; *RDC* 2008, p. 769, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2008, p. 303, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰⁸⁷. Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, *D.* 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; *JCP G* 2010, p. 788, note S. PORCHY-SIMON ; *RDC* 2010, p. 1235, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2010, p. 571, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰⁸⁸. La directive de 1995 n'imposait pas toutefois, à la différence du RGPD, l'information de la base juridique justifiant le traitement poursuivi.

traitement ». Sans doute l'ensemble de ces dispositions participent-elles à renforcer l'effectivité du droit à l'information du contractant vulnérable en délimitant strictement la nature et l'étendue des informations devant lui être communiquées par le responsable du traitement, puisqu'elles vont au-delà de la lettre de l'article 1112-1 du code civil qui ne prévoit que la seule communication par le contractant fort des informations « *dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* », encore qu'il soit légitime de supposer que l'ensemble des informations requises par l'article 13 du RGPD ont vocation à être déterminantes du consentement du contractant dont la donnée est collectée. Il est manifeste que les mentions de la durée de conservation des données, du droit à leur effacement ou encore le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle peuvent apparaître déterminantes du consentement de la personne concernée.

2-2. Le droit à la réflexion du contractant vulnérable

350. Domaines. Si l'information du contractant est désormais une constante du régime général, plus spécifique est en revanche l'existence d'un délai de réflexion, même si à l'évidence celui-ci n'est nullement exclusif de la qualification contractuelle, en témoigne par exemple l'hypothèse des contrats en droit de la consommation. Bien plus l'article 1122 du code civil consacre-t-il cette possibilité. Sans doute un tel droit trouve-t-il justification au regard du risque important pesant sur la vulnérabilité du contractant faible. En somme, plus celui est grand, et plus la personne doit bénéficier de la bienveillance du législateur afin qu'elle n'obère jamais son intégrité et sa liberté, et tel sera le cas lorsqu'elle se voit reconnaître un tel délai de réflexion, lequel lui permet alors d'avoir un temps supplémentaire utile à l'analyse de la portée de l'acte qu'elle s'apprête à conclure. C'est ainsi, en ces hypothèses, la prise d'effets du contrat qui est repoussée, et donc au-delà, sa force obligatoire. Certains auteurs se sont ainsi interrogés sur le signe d'une éventuelle démonstration de ce que la convention s'achèverait uniquement lorsqu'elle commencerait à s'exécuter¹⁰⁸⁹. Il semble bien en effet que la convention ne soit définitivement formée qu'à l'expiration du délai de réflexion, et que cette période soit en quelque sorte un simple temps de prospection et d'introspection pour le contractant vulnérable

¹⁰⁸⁹. A. BATTEUR, Contrat et mesures de protection, *La semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 36, 5 septembre 2008, 1275, Dossier – *Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, n° 35.

nécessaire à une prise de décision conforme à ses intérêts et ses désirs lorsqu'est en jeu son intégrité.

Il n'est ainsi pas rare en droit des personnes que pour parfaire la protection du consentement de la partie faible, le législateur institue en sa faveur un délai de réflexion lui permettant de prendre le recul nécessaire à une prise de conscience effective de son engagement. Il en va notamment ainsi des procréations médicalement assistées¹⁰⁹⁰, ou encore de l'interruption volontaire de grossesse, et plus particulièrement s'agissant des mineurs¹⁰⁹¹, lesquels doivent se soumettre à deux consultations successives¹⁰⁹², et exprimer leur consentement lors de chacune d'elles. De même le donneur d'organes vivant, après avoir reçu l'information légalement prévue par le comité d'experts mentionné à l'article 1231-3, doit exprimer son consentement devant le Président du Tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui¹⁰⁹³, ce qui lui confère à l'évidence un temps significatif entre la survenance de ces deux phases successives. Sans prétendre ici à l'exhaustivité des exemples, ceux cités permettent que soit mis en exergue l'objectif poursuivi par le pouvoir institutionnel au stade de la formation du contrat : celui de la protection du consentement du contractant dont un attribut extrapatrimonial participe de la matière du contrat, afin que soient garanties, au-delà, sa liberté et sa dignité.

§ II. L'ENRICHISSEMENT OBJECTIF DU CONTENU OBLIGATIONNEL

351. La tempérance judiciaire de l'inégalité contractuelle. Si selon le principe de liberté contractuelle entendue selon la conception volontariste du contrat, il existe une faculté de libre détermination du contenu de l'acte, il a cependant été démontré plus en amont que la liberté contractuelle n'est absolue que dans les limites imposées par les pouvoirs institutionnels, et notamment celles dérivant de l'exigence de dignité humaine. Aussi n'y-a-t-il rien de bien

¹⁰⁹⁰. V° sur ce point, *Lamy Droit des personnes*, Mai 2004, n° 220-67.

¹⁰⁹¹. Une telle obligation existait également auparavant à l'égard des majeurs, mais a été supprimée par la loi du 4 juillet 2001, préc.

¹⁰⁹². Il convient de noter qu'un délai minimal d'une semaine doit être observé entre la tenue des deux consultations, sauf à ce que le délai légal de douze semaines soit dépassé : *Lamy, Droit des personnes*, préc., n° 220-76.

¹⁰⁹³. CSP, art. 1231-1. Par exception, en cas d'urgence vitale, le consentement peut être recueilli par tous moyens par le Procureur de la république.

surprenant à constater que lorsque la situation contractuelle l'exige le droit objectif prenne appui sur le versant prescriptif de ce principe supérieur pour justifier un enrichissement du contenu obligationnel de l'acte. Or, cette œuvre complétive a principalement été menée ici par la jurisprudence, laquelle s'est en effet attachée à pallier le risque d'asymétrie conventionnelle ex ante. Cette tendance positive du droit, si elle est commune à tous les contrats, mérite toutefois d'être ici présentée, tant elle permet d'attester de l'attrait croissant de la théorie générale pour la situation de faiblesse de certains contractants et la nécessité consubstantielle d'assurer une certaine justice contractuelle. Plus précisément, si l'enrichissement du contenu obligationnel par le juge n'est pas topique du seul droit des personnes, sa description conserve en revanche toute sa place au sein de la présente étude tant ce processus témoigne *in fine* de la prise en considération exponentielle de la vulnérabilité des contractants les plus faibles et particulièrement symptomatique du phénomène de contractualisation affectant le droit des personnes. Or, cette tempérance judiciaire de la suprématie des forts résulte principalement de la magnification jurisprudentielle du devoir de bonne foi (A), et s'est traduite par la création d'obligations implicites à la charge des parties (B).

A. La redécouverte du principe de bonne foi

352. Les origines de la bonne foi. Concept emprunté à la morale¹⁰⁹⁴, la bonne foi s'est trouvée diluée expressément dans les dispositions de l'article 1134 alinéa 3 ancien du Code civil, et implicitement dans la teneur de l'article 1135 ancien¹⁰⁹⁵. L'idéologie volontariste et l'individualisme juridique ayant toutefois accentué son déclin, celle-ci n'a été redécouverte qu'après la seconde guerre mondiale, notamment sous la plume de Demogue¹⁰⁹⁶. Depuis lors,

¹⁰⁹⁴. V° notamment sur les rapports entre la morale et la bonne foi, J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, spéc. n°71 ; P. JOURDAIN, Rapport français, in *La bonne foi, Travaux de l'Association H. CAPITANT*, Louisiane, 1992, t. XLIII, 1994, Litec, spéc. p. 122.

¹⁰⁹⁵. V° notamment sur ce point, M. BENILLOUCHE, La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ?, *op. cit.*, p. 6. L'article 1135 apparaît ainsi comme le prolongement de l'article 1134 : J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?, *Dalloz*, art. préc., p. 14.

¹⁰⁹⁶. Pour une analyse de l'évolution du concept, v° notamment, D. COHEN, La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance, in *1804-1904, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, *Dalloz*, 2004, p. 517 et s., spéc. p. 523.

la notion de bonne foi suscite un intérêt croissant, tant en droit interne, que sur la scène juridique européenne¹⁰⁹⁷.

353. Les fonctions de la bonne foi. Figurant dans le régime de droit commun des contrats¹⁰⁹⁸, le devoir de bonne foi¹⁰⁹⁹ « objective »¹¹⁰⁰ apparaît comme un mécanisme permettant de tempérer les excès de l'analyse libérale et volontariste, cette exigence étant en effet « une qualité qui doit présider à l'exécution de la convention »¹¹⁰¹ afin qu'un certain « civisme contractuel »¹¹⁰² perdure tout au long du processus contractuel. Mais elle est également une « arme redoutable »¹¹⁰³ dont se sert la jurisprudence pour rétablir l'équilibre de la relation contractuelle qui ne se manifesterait pas par le seul échange des consentements. La bonne foi vise ainsi à définir les bases d'un « minimum contractuel » nécessaire à la protection des contractants les plus faibles. Et nul n'en disconvient sans doute : par leur protection, c'est au-delà la bonne exécution de l'acte qui en sort renforcée. Cette effectivité a par ailleurs progressivement été confortée par l'extension du devoir de bonne foi aux différents stades du contrat¹¹⁰⁴, et de laquelle résulte la création jurisprudentielle d'obligations implicites à la charge des parties.

¹⁰⁹⁷. Sur cette évolution, voir S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁹⁸. L'article 1104 nouveau du code civil prévoit ainsi que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

¹⁰⁹⁹. Il s'agit bien d'un devoir, et non d'une obligation, faisant partie de l'ordre public contractuel auquel les parties ne peuvent déroger : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 85.

¹¹⁰⁰. Sur la distinction entre la bonne foi subjective, résidant dans la croyance erronée d'un fait défavorable, et celle objective renvoyant au comportement loyal attendu de tout contractant, v° notamment, F. RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, *RID comp.* 1998. 1055, spéc. p. 1062 et s. ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit. op., p. 25 et s.

¹¹⁰¹. S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 28.

¹¹⁰². D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *RDC*, 2003, p. 295, n°3, p. 297. Toutefois, le devoir de bonne foi n'emporte pas un devoir de fraternité entre les contractants.

¹¹⁰³. Pour reprendre l'expression de C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, op. cit., n° 512, p. 269.

¹¹⁰⁴. D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *RDC*, 2003, p. 295, n° 3, p. 297, *préc.*, selon qui « l'hymne à la loyauté contractuelle n'est en effet, contrairement à ce que la lettre de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil suggère, pas simplement entonné par la jurisprudence au seul stade de l'exécution du contrat ».

B. La création jurisprudentielle d'obligations à la charge des parties

354. La densification substantielle du contrat. Les juges ne sont pas demeurés hermétiques à l'émergence de relations contractuelles asymétriques ; ils y ont même été tout particulièrement sensibles en faisant preuve d'une bienveillance certaine à l'égard des individus pâtissant de cette inégalité structurelle¹¹⁰⁵. Aussi, afin d'instaurer une certaine justice contractuelle, la jurisprudence est venue, par strates successives, densifier les obligations des parties¹¹⁰⁶ en créant de nouveaux devoirs¹¹⁰⁷ mis à la charge des contractants les plus forts et dont la résonnance en droit des personnes s'avère un vecteur de protection de la vulnérabilité contractuelle. « *Procédant par voie d'adjonction, la jurisprudence a ainsi créé de toutes pièces, par souci d'équité, d'équilibre ou au nom de l'impératif d'indemnisation, des obligations d'information¹¹⁰⁸, de conseil¹¹⁰⁹, de sécurité* »¹¹¹⁰.

355. La moralisation judiciaire des comportements contractuels. Encore convient-il de noter que nombreux sont les travaux doctrinaux ayant dénoncé ce « *forçage du contenu contractuel* »¹¹¹¹. Mais l'œuvre créatrice¹¹¹² du juge en ce domaine répond à la

¹¹⁰⁵. Dans une telle perspective, « *la nature du contrat ou des prestations qui en forment l'objet sont, au même titre que la qualité respective des parties, des sources du devoir d'informer, de conseiller ou de mettre en garde le contractant* » : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 1998, n° 512, p. 430.

¹¹⁰⁶. Sur la densification des obligations contractuelle opérée sur la base de l'interprétation des dispositions issues des articles 1134 et 1135 du Code civil, v° notamment, D. MAZEAUD, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA, 6 mai 1998, n°54, p. 8.

¹¹⁰⁷. Sur ces nouveaux devoirs : P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat, préc.*, p. 99.

¹¹⁰⁸. Sur la notion : M. DE JUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, *RTD civ.* 1945, p. 1 ; J. ALISSE, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, Thèse Paris, 1975 ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, PUAM, 1978 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992 ; S. LE GAC-PECH, *L'obligation d'information : omniprésente mais en mal de reconnaissance ?*, *Rev. Lamy Droit civil*, 2012.97

Et pour une présentation des diverses obligations d'information imposées par la loi, v° notamment, B. PETIT, *Contrats et Obligations – Obligation d'information*, *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 50, 5^{ème} éd., 2003, p. 4 et s.

¹¹⁰⁹. Sur l'obligation de conseil du médecin, v° notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, n°94-19.685. En revanche, le médecin n'est pas tenu d'un devoir de persuasion : Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, n°97-17.716, *JCP G* 2001, II, 10473, note A. DOSNER-DOLIVET ; *RTD sanit. et soc.* 2000, p. 383.

¹¹¹⁰. D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, *RDC*, 2003, *op. cit.*, p. 295.

¹¹¹¹. L. JOSSERAND, *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, p. 340 ; L. LEVENEUR, *Le forçage du contrat*, *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 69 et s.

¹¹¹². Cette œuvre « créatrice » semble pourtant devoir être relativisée, puisqu'en réalité, il s'agit bien plutôt d'une stricte application à la convention litigieuse des règles de droit régissant le contrat. V° en ce sens, A. E. DE SAINTE MARIE, *L'« interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat*, *Rev. des contrats*, 31 mars 2015, n°1, p. 166.

tendance contemporaine tendant à la moralisation des relations contractuelles et la compensation de l'asymétrie *inter partes*. Et il a été démontré qu'il s'agissait ici de fins légitimant le moyen, à savoir l'immixtion institutionnelle dans le champ du contrat. C'est ainsi qu'en interprétant¹¹¹³ le droit commun¹¹¹⁴, et plus précisément les dispositions des articles 1134 alinéa 3 et 1135¹¹¹⁵ anciens du Code civil le pouvoir judiciaire a consacré diverses obligations implicites à la charge des parties. Les tribunaux ont ainsi tout d'abord instauré une obligation de sécurité dans les contrats de transports de personnes¹¹¹⁶. Et cette démarche intellectuelle de la Haute Cour a trouvé résonance en droit des personnes. A ainsi été déduite des dispositions de l'article 1134 alinéa 3 ancien une obligation d'information¹¹¹⁷, parfois dénommée obligation de renseignement, mise à la charge de certaines parties, et ayant vocation à pallier le déséquilibre structurel de la relation¹¹¹⁸. C'est ainsi qu'à l'appui de la notion de bonne foi, et interprétant là aussi les dispositions de l'article 1135 du Code civil¹¹¹⁹, a progressivement¹¹²⁰

¹¹¹³. Sur les ajouts au contrat effectués par voie d'interprétation : E. DAGHER, *Volonté et liberté dans les contrats*, Th. dactyl. Strasbourg, 1987, p. 115. – *Adde* sur la notion même d'interprétation : A. E. DE SAINTE MARIE, L' « interprétation créatrice » : interprétation et détermination du contenu du contrat, *RDC*, 2015, p. 166, spéc. n°3 et s. L'auteure indique en effet qu'il s'agirait bien plutôt de la détermination du contenu de l'accord, et non son interprétation. V° également en ce sens, P. CATALA, *Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations*, in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 243 et s. ; Ph. SIMLER, *J.-Cl. Civil*, Art. 1156 à 1164, fasc. 10, 2009, n°10 et s.

¹¹¹⁴. A. E. DE SAINTE MARIE, L' « interprétation créatrice » : interprétation et détermination du contenu du contrat, *RDC*, *ibid.*

¹¹¹⁵. L. AYNÈS, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, Dossier « Loi et contrat », mars 2005.

¹¹¹⁶. Cass. civ., 21 novembre 1911, *D.P.* 1913, I, 249, note SARRUT ; S. 1912, I, 73, note LYON-CAEN. Néanmoins, un tel contrat ne relève pas du droit des personnes, mais bien du droit des transports.

¹¹¹⁷. Par ex. : Cass. com., 4 oct. 1967, *Bull. civ.* III, n°308. - Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1994, *Bull. civ.* I, n°163. Il convient de noter que si l'obligation d'information résulte d'une construction jurisprudentielle, le droit à l'information du patient a été consacré par la loi du 4 mars 2002. Cette consécration est également renforcée en ce que le Conseil d'État en a fait une liberté fondamentale : CE 16 août 2002, Mmes Feuillatey, req. N°249552, *Lebon* ; D. 2004.602, obs. J. PENNEAU ; *GADS* 2010, n°9-10 ; *RFDA* 2003.528, étude A. DORSNER-DOLIVET ; *RTD civ.* 2002.781, obs. J. HAUSER.

¹¹¹⁸. Dans une telle perspective, « la nature du contrat ou des prestations qui en forment l'objet sont, au même titre que la qualité respective des parties, des sources du devoir d'informer, de conseiller ou de mettre en garde le contractant » : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 1998, n°512, p. 430.

¹¹¹⁹. D'aucuns ont même avancé l'idée que l'obligation précontractuelle d'information trouvait sa source dans les dispositions de l'article 1116 du Code civil relatif au dol. Le raisonnement suivi par certains auteurs « consiste à déduire de la réticence dolosive qu'elle sanctionne la violation intentionnelle d'une obligation d'information », C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, Th. préc., n° 549 et s., p. 292 et s., renvoyant à M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse Paris I, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n°354 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 1999 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993 et du même auteur, *La notion de contrat*, D. 1990.147, n°435 et s.

¹¹²⁰. Certains auteurs avaient toutefois déjà très tôt décelé une telle orientation. V° notamment sur les obligations « secondaires » déduites des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris, 1923, IV, n°3 et s.

vu le jour un « *ordre public jurisprudentiel* »¹¹²¹, s'agrégeant à l'ordre public législatif, la Haute juridiction développant « *en effet depuis plusieurs années une efflorescence d'obligations et de sanctions dont la racine est constituée de ce devoir* »¹¹²².

356. L'extension du devoir¹¹²³ de bonne foi. Aussi, si le devoir de bonne foi n'innervait traditionnellement que l'exécution de l'acte, il semble désormais incontestable qu'il « *s'épanouit bien au-delà des frontières que la lettre de l'article 1134 du Code civil lui avaient assignées. Négociation, formation, exécution, expiration du contrat : aucune phase du processus contractuel ne résiste encore à sa force d'attraction* »¹¹²⁴. La bonne foi irradie ainsi notamment le processus de formation du contrat, comme en témoigne donc la consécration de l'obligation d'information¹¹²⁵. Cette dernière traduit ainsi l'aspect positif de la bonne foi, consistant en un devoir de coopération¹¹²⁶, venant ainsi compléter l'aspect négatif de la notion qui implique que les parties n'agissent pas déloyalement¹¹²⁷.

En somme, le contractant vulnérable se voit ainsi reconnaître différents droits issus du devoir de bonne foi et qu'il peut parfaitement revendiquer en exigeant leur respect ou en actionnant la responsabilité de son partenaire lorsqu'ils n'ont pas été respectés. Et il n'est pas déraisonnable de considérer que se dissimule, sous les obligations déduites du principe de bonne foi, telle celle d'information dans les contrats portant sur le corps humain ou ceux afférents aux données à caractère personnel, la dignité même de la personne. Il n'est guère utile de rappeler à nouveau que cette obligations participent à assurer l'effectivité du consentement de la personne concernée, et partant, respectivement son intégrité physique et morale.

¹¹²¹. Sur cette notion : S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. préc., p. 122.

¹¹²². O. ANSELME-MARTIN, Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, *LPA*, 22 janv. 1997 n°10, p. 17 et s.

¹¹²³. Si le terme « devoir » est ici retenu, la doctrine ne partage pas unanimement ce choix, certaines voix s'étant élevées en faveur du terme « obligation ». V° J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?, *Dalloz, op. cit.*, p. 4 et s.

¹¹²⁴. D. MAZEAUD, obs. sous Cass. Com., 3 juin 1997, *Bull. civ.*, 171 ; D. 1998, somm. p. 113.

¹¹²⁵. La bonne foi recouvre ainsi un rôle créateur en permettant au juge d'en déduire d'autres obligations implicites. Celles-ci s'inscrivent par ailleurs au sein de l'ordre public jurisprudentiel, demeurant ainsi pleinement impératives, et ne pouvant dès lors être écartées par une clause contraire.

¹¹²⁶. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2002, *op. cit.*, n°441. Le contrat devient ainsi « *un haut-lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre* » : A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 1992, n°55.

¹¹²⁷. Cette dichotomie a été affirmée par le Professeur Jacques MESTRE, puis reprise par divers auteurs. Sur ce sujet, voir, J. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, *RTD civ.*, 1986, p. 101 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Thèse, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n°552 et s., p. 298 et s. - *Adde* sur ce devoir, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, *op. cit.*, n°440. Et sur l'obligation de loyauté, v° notamment, L. AYNÈS, L'obligation de loyauté, *APD*, 2000, t. 44, p. 198.

SECTION 2. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES CONDITIONS DE FORME

357. L'application du droit commun. Outre les conditions de fond requises aux fins de protection de la vulnérabilité contractuelle, diverses solennités poursuivant ce même objectif et s'articulant également autour du principe de dignité humaine, viennent parfois s'agréger à celles-ci. S'il est vrai que les volontaristes affectionnent tout particulièrement le consensualisme, il est en revanche évident que là où se dissimule la vulnérabilité, l'imposition institutionnelle de règles de forme ne peut être contournée. Or, une telle acception n'est en rien antinomique au droit commun¹¹²⁸, l'existence des contrats solennels soumis à un formalisme légalement déterminé, que ce soit *ad validatem* (§ I) ou *ad probationem* (§ II), étant expressément prévue par le Code civil¹¹²⁹.

§ I. LA PRESCRIPTION D'UN FORMALISME AD VALIDATEM

358. L'encadrement du consentement. Il est des hypothèses conventionnelles dans lesquelles la vulnérabilité de l'un des contractants impose que l'accord des volontés réponde à des conditions de forme prescrites à titre de validité de l'acte. Plus précisément le législateur institue-t-il alors certains gardes fous supplémentaires destinés à garantir l'effectivité du consentement de la partie faible, et partant, le respect de sa dignité. Or, le principal champ d'élection de ce formalisme *ad validatem* est celui des contrats portant sur la réalité charnelle de la personne physique. Sans doute celui-ci trouve-t-il au-delà justification dans le principe d'inviolabilité du corps humain lorsque ce dernier est à lui seul insuffisant à exclure la licéité

¹¹²⁸. L'article 1172 du code civil indique en effet que si les « *contrats sont par principe consensuels* », il se peut, par exception que la validité des contrats solennels soit subordonnée au respect de règles de forme et à défaut duquel le contrat « *est nul, sauf possible régularisation* ». S'agissant du formalisme *ad probationem*, l'article 1173 dispose en revanche que « *les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats* ».

¹¹²⁹. C. civ., art. 1109, al. 2 : « *Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* ».

de l'acte. La volonté du contractant vulnérable doit ainsi être émise selon une forme particulière dont la graduation¹¹³⁰ répond à l'intensité des risques pesant sur l'intégrité physique du contractant, et au-delà, sa dignité. Il n'est en effet pas rare que celui-ci doive consentir par écrit à l'opération envisagée (A), voire devant l'autorité judiciaire (B).

A. L'exigence du consentement écrit du contractant vulnérable

359. Les champs d'application de l'exigence. C'est tout d'abord l'exigence d'un écrit¹¹³¹ qui est parfois instituée afin de renforcer la protection du contractant vulnérable lorsqu'est en jeu, par l'effet du contrat, son intégrité physique. Chronologiquement, c'est le consentement à l'interruption volontaire de grossesse¹¹³² qui a été soumis en premier à une telle solennité scripturale, puis celui donné par le sujet d'une recherche portant sur la personne humaine¹¹³³. Ensuite, les lois bioéthiques ont entendu soumettre à l'exigence d'écrit les accords emportant le prélèvement d'organes, ainsi que ceux concourant à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne¹¹³⁴, ou encore ceux mettant en place un procédé de procréation médicalement assistée¹¹³⁵. De même, lorsqu'est envisagée une recherche sur les embryons surnuméraires et les cellules souches embryonnaires, les deux membres du couple, ou à défaut, le seul survivant, doivent nécessairement consentir par écrit à la recherche envisagée¹¹³⁶. Nul besoin d'alourdir la liste des exemples pour entrepercevoir en filigrane l'importance attachée à une telle solennité, laquelle participe à l'évidence à renforcer l'effectivité du consentement du ou des contractants en accentuant leur prise de conscience individuelle, et partant, garantir le respect qui leur est dû en leur qualité de dépositaires du genre humain.

¹¹³⁰. A. DIONISI-PEYRUSSE, La loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine : à la recherche d'une conciliation entre protection de la personne et développement de la recherche en vue de progrès médicaux, *Rev. jur. personnes et famille*, 2012-007/008.

¹¹³¹. Sur la notion de consentement exprès : M. VIVANT, L'exception de consentement exprès, *Lamy droit du numérique* 2015, n° 595.

¹¹³². CSP, art. L. 162-5.

¹¹³³. V° CSP, art. L. 1122-1 et L.1122-1-1 du Code de la santé publique qui exige que le consentement soit recueilli par écrit.

¹¹³⁴. V° Loi « Huriot-Sérusclat » n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, préc.

¹¹³⁵. L'article L. 2141-4 du Code de la santé publique, modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, *JO* 8 juill., exige en effet que le consentement écrit du couple donneur soit recueilli.

¹¹³⁶. CSP, art. L. 2151-5, III.

B. L'exigence du consentement devant l'autorité judiciaire du contractant vulnérable

360. Contrôle judiciaire de l'acte. Mais à côté de l'écrit, le consentement doit aussi parfois être délivré devant l'autorité judiciaire. C'est ainsi qu'en matière de prélèvements d'organes la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 exige que le donneur vivant consente à l'acte devant le Président du Tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui, voire devant le Procureur de la République en cas d'urgence manifeste¹¹³⁷. Il en va de même du prélèvement de moelle osseuse effectuée sur un mineur. De même, s'agissant du don d'embryon¹¹³⁸, le couple donneur doit nécessairement consentir devant l'autorité judiciaire¹¹³⁹. Il est encore possible de référer à l'hypothèse de la stérilisation contraceptive des personnes handicapées mentales, lesquelles, si elles sont aptes à donner leur consentement, doivent y consentir devant le juge des tutelles, ce dernier étant alors à appeler à se prononcer sur l'opportunité d'une telle intervention¹¹⁴⁰. Sans doute d'aucuns objecteront ici que la forme contractuelle n'est alors qu'illusion puisque le contrat est traditionnellement réputé formé par le seul échange des consentements, en dehors nécessairement de tout contrôle objectif ; mais à l'évidence, la gravité des accords ci-dessus recensés pour la dignité humaine implique que le juge soit ici le garant des intérêts légitimes du contractant vulnérable. Il a en effet été démontré que le contrat n'est pas obligatoire uniquement par le simple échange des consentements, mais bien également lorsque ses effets sont conformes à la fois aux intérêts supérieurs des contractants, ainsi qu'à ceux de la société. Or, en l'espèce, il est évident que le simple jeu des volontés pourrait obérer la dignité de la personne, de sorte que le contrôle judiciaire ainsi institué permet que soit déclenchée l'effectivité de l'acte. En somme, le contrat est bien formé par l'échange des consentements, mais la prise d'effets se trouve subordonnée au contrôle du pouvoir institutionnel.

¹¹³⁷. CSP, art. L. 1231-1.

¹¹³⁸. En revanche, en matière de don de gamètes, le couple donneur voit son consentement recueilli par la seule équipe médicale. V° l'art. L. 1244-2, al. 1 du Code de la santé publique, modifié par la loi n° 94-653 du 29 juil. 1994, JO 30 juillet. Il convient de noter que le couple receveur doit également consentir par écrit à l'acte. Il en va de même de la personne qui consent à l'examen de ses caractéristiques génétiques à des fins médicales : CSP, art. L. 1131-1.

¹¹³⁹. Plus exactement, le consentement du couple est recueilli par le praticien agréé lequel le transmet ensuite au Président du Tribunal de grande instance dans le ressort duquel est localisé le centre d'assistance médicale à la procréation lequel procède alors à l'audition du couple : CSP, art. R. 2141-5, al. 3 et 4, modifié par D. n°2006-1660 du 22 déc. 2006. Quant au couple receveur, il dispose d'une option : il peut soit consentir devant le juge, soit devant un notaire : art. L. 2141-10, dernier alinéa, modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juil. 2011.

¹¹⁴⁰. De façon assez inhabituelle, est ici exigée une décision du juge, et non une simple autorisation. Sur celle-ci : D. BOURGAULT-COUDEVYLLÉ, Commentaire de la loi IVG-contraception (2^{ème} partie), *Rev. jur. personnes et famille* 2001. 10.

§ II. LA PRESCRIPTION D'UN FORMALISME AD PROBATIONEM

361. À côté du formalisme requis à titre de validité de la convention, existent également différentes hypothèses dans lesquelles il n'a vocation qu'à faciliter la preuve éventuelle de l'acte. Tel est notamment le cas des accords portants sur un attribut de la personnalité (A) ou encore de ceux ayant pour objet les droits voisins des artistes-interprètes. (B)

A. Formalisme et attributs de la personnalité

362. La liberté de principe. Si les autorisations consenties par voie de convention d'exploiter certains éléments de la vie privée de la personne, ou encore son image et sa voix relèvent de la liberté contractuelle quant à la forme de l'acte¹¹⁴¹ dès lors que n'est nullement potentiellement obérée l'intégrité morale du contractant vulnérable, il n'en va pas de même des accords portant sur le droit moral de l'auteur.

363. L'exception du droit moral de l'auteur. Afin de protéger l'auteur d'une œuvre de l'esprit, le Code de la propriété intellectuelle impose un certain formalisme requis à titre de probatoire¹¹⁴², en témoigne notamment l'exigence d'écrit imposée par l'article L. 131-2 pour les contrats de représentation, d'édition ou de production audiovisuelle¹¹⁴³ ou photographique¹¹⁴⁴. Plus largement, en imposant la mention de quatre clauses distinctes dans tous contrats de cession de droits d'auteur, l'exigence d'écrit semble devoir nécessairement être respectée en ce domaine¹¹⁴⁵. C'est ainsi que l'article L. 131-3 dispose que « *la transmission des*

¹¹⁴¹. Par exemple, pour l'admission d'une autorisation expresse ou tacite s'agissant de l'autorisation d'exploitation de l'image d'une personne : Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006, n° 04-20.715, *D.* 2006. 2702, obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT. – V° déjà : Cass. 2^{ème} civ., 8 juil. 1981, *D.* 1982. 65, note R. LINDON.

¹¹⁴². L'article 8 de l'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 a cependant instauré une exigence supplémentaire requise à titre de validité de l'acte de cession en imposant pour le contrat d'édition ayant pour objet l'édition d'un livre à la fois sous forme numérique et sous forme imprimée la mention dans une partie distincte du contrat des conditions relatives à la cession des droits d'exploitation sous forme numérique. V° CPI, art. L. 132-17-1.

¹¹⁴³. Hormis ces contrats, la loi n'exige nullement que les contrats portant sur la cession des droits d'auteurs soient constatés par écrit. V° en ce sens, CA Paris, 4^{ème} ch. 15 févr. 1994, *Barriol c/ Rudy's*, *Gaz. Pal.* 28 janv. 1995 somm. 10. - Cass. com. 23 mars 1993, n°91-10. 513, *RDPI* 1993, n°49, p. 75.

¹¹⁴⁴. Sur le sujet : A. R. BERTRAND, *Autorisations de reproduction sur les photographies classiques et sur les photos numériques*, *Dalloz action droit d'auteur*, 2010, chap. 204.

¹¹⁴⁵. C. BURKHART, *Droits d'auteur – Contrat de cession et mentions obligatoires*, *JAC* 2014, n°12, p. 44. Pourtant, l'écrit n'est ici requis qu'à titre probatoire : Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 1976, *RTD com.* 1978, p. 103, obs.

droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »¹¹⁴⁶. L'exigence d'un tel formalisme¹¹⁴⁷, protecteur de l'auteur partie faible au contrat¹¹⁴⁸ en imposant la stricte délimitation écrite des droits cédés, tend néanmoins à être remise en cause puisque la jurisprudence n'hésite plus à admettre l'existence de cessions implicites¹¹⁴⁹ déduites alors de présomptions, voire d'aveux extrajudiciaires, de sorte qu'en ce domaine est bien plutôt constaté un affaiblissement du formalisme¹¹⁵⁰ requis, et au-delà, un accroissement de la liberté contractuelle¹¹⁵¹.

Corroborant cette tendance, il convient de relever l'existence de différents contrats soumis au traditionnel principe consensualiste¹¹⁵². Sans doute l'absence de risque important pour la dignité de la personne et son intégrité morale, ou plus simplement ses intérêts pécuniaires, justifie-t-elle un tel flot de liberté. C'est ainsi que les cessions du droit d'exploitation non commerciale¹¹⁵³ des œuvres créées par les agents publics ainsi que celles des droits patrimoniaux portant sur les logiciels créés par des employés sont exemptés d'un tel

H. DESBOIS. – Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1979, Grands arrêts de la propriété intellectuelle, *Dalloz* 2003, n° 14, comm. A. MAFFRE-BAUGE. – Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1980, *RTD com.* 1981, p. 748, obs. A. FRANCON.

¹¹⁴⁶. V° en ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n°88-16. 305, *Bull. civ. I*, n° 391, *D.* 1990. 32.- CA Paris, 4^{ème} ch., 11 juin 1990, *D.* 1990. 192.

¹¹⁴⁷. Si le formalisme est exigé ici à titre de preuve, une hypothèse fait néanmoins figure d'exception : la transmission des droits patrimoniaux de l'auteur par donation ou renonciation pour laquelle le recours à la forme authentique est imposée à peine de nullité : PLAISANT, *Les ayants droit divers de l'auteur*, *J. – Cl. Prop. litt. et art.*, fasc. 307.

¹¹⁴⁸. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013, spéc. n° 400, p. 368, selon qui « l'originalité du droit contractuel d'auteur réside dans sa finalité qui est de protéger l'auteur, présumé faible face à son cocontractant. »

¹¹⁴⁹. La jurisprudence tend effectivement parfois à s'affranchir de la rigueur du droit contractuel d'auteur, lequel n'est pas toujours adapté à l'hétérogénéité des œuvres : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, spéc. n° 404, pp. 371-372.

¹¹⁵⁰. Néanmoins la jurisprudence demeure fluctuante sur ce point, puisque certaines décisions continuent à condamner de telles cessions implicites. V° notamment en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999, *Comm. com. électr.* 2000, comm. 55, obs. J.-Ch. GALLOUX ; *RTD com.* 2000, p. 364, obs. A. FRANCON. – Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2000, *Comm. Com. électr.* 2000, comm. 123, note Ch. Caron. – Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2001, *Prop. intell.* 2002, n° 3, p. 60, note A. LUCAS. – Cass. com., 29 oct. 2003, *JCP E* 2004, 290, note A. SINGH.

¹¹⁵¹. Th. HASSLER, *Le futur de l'autorisation tacite en matière de cession de droits d'auteur*, *Rev. Lamy dr. de l'imm.* 2009.48 ; A. E. DE SAINTE MARIE, *L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial*, *RTD com.* 2013. 669.

¹¹⁵². Par exemple, le contrat d'adaptation, autre qu'audiovisuelle, échappe à cette exigence : CA Paris, 10 mai 1973, *D.* 1973, p. 548, concl. CABANNES.

¹¹⁵³. S'agissant de la cession du droit d'exploitation commerciale, l'État dispose en effet simplement d'un droit de préférence.

impératif scriptural. S'agissant de la première hypothèse, l'article L. 131-3-1 du même Code dispose en effet que le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État est, dès sa création, cédé de plein droit à celui-ci¹¹⁵⁴. Concernant ensuite la seconde, l'article L. 113-9 prévoit expressément que les droits patrimoniaux portant sur les logiciels et leur documentation sont automatiquement transmis à l'employeur, sauf disposition contraire, lorsqu'ils auront été conçus par des employés agissant dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions ou selon les instructions fournies par leur employeur.

B. Formalisme et attributs des artistes interprètes

364. L'autorisation écrite. Les artistes interprètes disposent d'un droit exclusif sur leur interprétation¹¹⁵⁵ et peuvent à ce titre, par convention, céder ou concéder leurs droits sur celle-ci. Néanmoins, seules peu de dispositions propres au droit contractuel d'auteur s'appliquent en la matière¹¹⁵⁶. Toutefois, s'agissant du formalisme, l'article L. 212-3 du Code de la propriété intellectuelle subordonne à une autorisation écrite¹¹⁵⁷ de l'artiste-interprète « *la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image* »¹¹⁵⁸. Il importe donc de veiller en toutes hypothèses à l'obtention préalable d'une telle autorisation, laquelle est parfois perçue comme « *créant une sorte de droit de divulgation* »¹¹⁵⁹. Sans doute peut-il apparaître difficile – et sans doute bien hasardeux – de déceler la présence sous-jacente de la dignité lors de l'énoncé de ces différentes prescriptions objectives requises à titre probatoire. Mais elle n'y est toutefois pas totalement étrangère comme en atteste le dégradé, fort révélateur, de l'étendue de la liberté contractuelle s'agissant des contrats portant sur un attribut moral de la personne. Là où l'accord des volontés ne contrevient pas à l'intégrité morale du contractant vulnérable, il n'est alors de quelconques nécessités que soit imposée l'exigence d'un écrit ; et il en est ainsi de la majorité des contrats portant sur la

¹¹⁵⁴. Sur les conditions d'une telle cession implicite, v° notamment, C. BURKHART, Droits d'auteur – Contrat de cession et mentions obligatoires, *op. cit.*, n°12, p. 44.

¹¹⁵⁵. F. POLLAUD-DULIAN, note sous Paris, 4^{ème} ch. A, 3 nov. 2004, CR Production et AB Droits audiovisuels c/ Spedidam et Snam, *RTD com.* 2005. 89.

¹¹⁵⁶. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, spéc. n° 603, p. 561.

¹¹⁵⁷. Cette autorisation n'est requise qu'à titre probatoire.

¹¹⁵⁸. CPI, art. L. 212-3.

¹¹⁵⁹. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *ibid.*

réalité morale de la personne. En revanche, là où la liberté contractuelle serait de nature à distendre à l'excès le lien entre l'attribut extrapatrimonial et la personne de son titulaire, l'institution d'un formalisme probatoire participe alors au contrebalancement de l'asymétrie conventionnelle par la reconnaissance d'une faveur législative à destination du contractant vulnérable protectrice de son intégrité morale.

365. Conclusion de Chapitre. L'analyse du processus de formation des contrats en droit des personnes témoigne de l'articulation de leur régime juridique autour du principe de dignité, lequel apparaît ainsi comme la variable d'ajustement de la rencontre des volontés. Si cette considération anthropocentriste pouvait de prime abord laisser supposer que la contractualisation en droit des personnes ne devait naviguer qu'en marge du régime général, les développements qui précèdent ont au contraire permis que soit révélée l'illusion d'optique ainsi engendrée par la prégnance du respect de la dignité de la personne humaine sur les relations contractuelles. Est ainsi confirmé, contre toute attente, le déploiement du droit commun, même si celui-ci est parfois assoupli ou complété par des règles spéciales induites par l'objectif de protection du contractant vulnérable, encore que l'étanchéité entre la théorie générale et ces dernières ne soit pas aussi absolue qu'elle ne le paraît.

366. La protection des intérêts légitimes en présence au stade de la formation de l'acte. C'est ainsi que plus l'acte est susceptible de contrevenir aux intérêts légitimes du contractant, et plus les règles objectives sont prégnantes. Il y a donc une subtile articulation entre les règles de droit commun et celles spéciales à l'aune des intérêts supérieurs potentiellement obérés par l'accord des volontés. Et la clé de voûte de cette architecture n'est autre que la dignité humaine. En somme, l'édifice contractuel en droit des personnes a-t-il pour fondation l'exigence du respect de la dignité du contractant vulnérable.

367. La porosité entre droit commun et droit spécial. Encore que certaines règles spéciales semblent progressivement glisser vers le régime général et l'éclairer d'un jour nouveau, témoignant ainsi de la préoccupation institutionnelle croissante envers la vulnérabilité contractuelle. Telle est l'orientation confortée notamment par la consécration d'un devoir général d'information, ou par l'existence de délais venant au soutien de divers contrats dans d'autres champs que le droit des personnes. Ces faveurs législatives nouvelles témoignent ainsi particulièrement bien de la mutation génétique du contrat induite par son extension exponentielle et effrénée. Aussi, nul n'en disconvient à l'évidence : plus le contrat prospère,

et plus des considérations hier spéciales sont amenées à intégrer aujourd'hui – ou dans un avenir proche - le champ du régime général.

CHAPITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES EFFETS DES CONTRATS

368. Aménagement transcendantal des effets du contrat. Si la dignité humaine irrigue l'ensemble du processus de formation des contrats en droit des personnes, encore ne faudrait-il pas croire, sans doute un peu naïvement, qu'elle ne puisse également servir l'encadrement objectif du déploiement des effets du contrat. Le respect dû à la personne humaine est en effet une constante du processus contractuel dans ce pan juridique, et à l'évidence, il s'étend au-delà de la rencontre des volontés des contractants pour atteindre les effets qui en découlent. Or, référer à la phase d'exécution de l'acte, c'est au-delà renvoyer à sa force obligatoire et au principe de l'effet relatif de celui-ci. En somme, l'exigence du respect de la personne humaine implique-t-elle que certaines bornes objectives soient érigées afin que les effets des contrats n'y contreviennent en aucune hypothèse. Et tout comme au stade de la formation de l'acte, le principe de dignité s'avère être un vecteur transcendantal privilégié de leur diffusion, puisqu'il permet une régulation institutionnelle de la force obligatoire des contrats (Section 1) et de leur effet relatif (Section 2) dans un sens conforme au respect de l'intégrité physique et morale de la personne humaine, et non nécessairement exclusif du droit commun.

SECTION 1. LA RÉGULATION OBJECTIVE DE LA FORCE

OBLIGATOIRE DES CONTRATS

369. Les ramifications de la force obligatoire. Évoquer la force obligatoire de l'acte c'est implicitement renvoyer à son intangibilité, ainsi qu'à son irrévocabilité puisqu'il est courant d'affirmer qu'il crée une norme s'imposant tant aux parties qu'au juge. Si la véracité d'une telle acception ne saurait être radicalement contredite, il convient toutefois de relever que les impératifs de protection de la vulnérabilité du contractant faible et celui de justice contractuelle, déjà maintes fois évoqués, justifient que soit instituée une régulation objective de la force obligatoire tant à l'égard des parties (§ I), qu'à l'égard du juge (§ II).

§ I. LA RÉGULATION OBJECTIVE DE LA FORCE OBLIGATOIRE À L'ÉGARD DES PARTIES

370. Le principe. Une fois accepté par les parties, l'accord de volontés doit en principe être exécuté¹¹⁶⁰. La force obligatoire attachée à l'échange des consentements a pour corollaire que le contrat ne puisse être révoqué que du consentement mutuel des contractants, ou pour les causes que la loi autorise. Il en résulte un principe général d'irrévocabilité unilatérale du contrat conclu à durée déterminée, les parties conservant en revanche, lorsque l'acte ne comporte pas de terme, la faculté d'y mettre fin par un nouvel accord conformément au principe du *mutuus dissensus*. Néanmoins, puisque le respect dû à la personne doit nécessairement primer sur la force obligatoire de la convention¹¹⁶¹, il en va de sa dignité, le contractant dont l'un des attributs extrapatrimoniaux constitue la matière du contrat se voir offrir un certain nombre de droits

¹¹⁶⁰. L'article 1103 du code civil dispose en effet que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Sans doute une telle disposition est-elle en partie lacunaire dès lors que d'autres personnes, non contractantes, peuvent en certaines hypothèses être tenues par les effets du contrat, en témoigne notamment le mandat de protection future pour autrui.

¹¹⁶¹. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., n° 265, p. 233.

destinés à compenser sa vulnérabilité contractuelle, tant au stade de l'exécution même de l'acte (A), que lorsque celle-ci s'avère défailante (B).

A. Les droits du contractant vulnérable lors de l'exécution de l'acte

371. Aménagement du droit commun. Pour assurer le respect dû à toute personne humaine, le législateur n'hésite pas à déroger à la règle du *mutuus dissensus* en offrant au contractant vulnérable une faculté de revenir sur son consentement, soit en exerçant son droit de retrait, soit son droit de repentir¹¹⁶². Une telle faculté constitue ce que d'aucuns désignent comme un véritable « *scrupule de conscience* »¹¹⁶³, encore que si une marche en arrière est ainsi tolérée, celle-ci ne doit cependant pas être abusive¹¹⁶⁴. C'est ainsi que les conventions n'obérant pas les intérêts supérieurs du contractant vulnérable demeurent soumises au traditionnel principe d'irrévocabilité de l'acte (1), là où celles qui sont en revanche de nature à y contrevenir dérogent à celui-ci (2).

1. Le principe d'irrévocabilité unilatérale des contrats en droit des personnes

372. L'indéfectibilité de la parole donnée. Lorsque le contrat ne présente guère ou peu de danger pour la vulnérabilité contractuelle, le droit commun peut légitimement s'épanouir sans qu'aucun assouplissement ne soit opéré. Or, à l'évidence, celui-ci implique que l'accord légalement formé soit respecté par les parties. En somme, dans de telles hypothèses, aucune faveur institutionnelle ne leur ait reconnue, de sorte qu'elles ne sauraient bénéficier d'un droit de révocation unilatérale, sous réserve néanmoins de l'abus de droit et des conventions à durée indéterminée.

Une telle perspective est tout d'abord décelable s'agissant des matériaux humains dont le prélèvement sur la personne s'avère particulièrement bénin et insignifiant au regard de son

¹¹⁶². Si l'auteur revient sur sa parole avant la publication, il s'agit alors d'un droit de repentir. Et si la rétractation intervient postérieurement, il s'agit alors d'un droit de retrait. Sur cette distinction, H. DESBOIS, *Encyclop. Dalloz*, V^o Propr. littéraire et artist., n^o 374.

¹¹⁶³. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 1997, n^o 166.

¹¹⁶⁴. Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n^o 157 ; *RIDA* n^o 151, janv. 1992, p. 272, note SIRINELLI ; *RTD com.* 1991, p. 592, obs. A. FRANCON ; *JCP* 1991, II, 21760, note F. POLLAUD-DULLIAN ; *D.* 1992, somm. comm. p. 15, obs. COLOMBET, *op. cit.*

incommensurabilité. Tel est à l'évidence le cas des phanères, lesquels, rappelons-le, peuvent être cédés librement à titre onéreux. Une telle acception révèle très heureusement l'absence de gravité d'une telle convention pour le contractant dont l'élément participe de la matière du contrat. Dès lors, celui-ci ne saurait devoir bénéficier de largesses objectives afin que soit préservée sa dignité. En somme, une fois son accord donné, il ne saurait faire volte-face et rétracter sa parole.

Un même raisonnement peut aisément être poursuivi à l'égard de la dénomination de la personne, tel par exemple à l'égard de l'accord des ex-époux quant à l'usage du nom de l'un d'entre eux par l'autre après le prononcé du divorce. La force obligatoire est ici parfaitement effective puisque sauf exceptions objectives exhaustivement déterminées¹¹⁶⁵, il ne pourra revenir sur son engagement. En somme, sauf hypothèse d'abus de droit¹¹⁶⁶, ou en cas de motifs graves¹¹⁶⁷, il est indéfectiblement lié par sa parole, la révocation *ad nutum* étant prohibée¹¹⁶⁸. Une troisième exception peut être identifiée dans la disparition de la cause de la convention¹¹⁶⁹. Or, celle-ci ayant été évincée des dispositions du Code civil par la réforme de février 2016 du droit des obligations, sans doute convient-il désormais de se référer plutôt à son intérêt. En somme, chaque fois que l'intérêt du conjoint ou celui des enfants du couple ne justifie plus que l'existence de l'acte soit maintenue, l'époux ayant concédé l'usage de son nom devrait pouvoir bénéficier de la possibilité de mettre fin unilatéralement à la convention.

2. Les exceptions au principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat.

373. Domaines. À côté de ces hypothèses existent différents accords où la volonté d'une seule partie est en soi suffisante à déjouer la relation. Le droit positif voit ainsi se multiplier les

¹¹⁶⁵. Sur celles-ci, v° notamment Réponse du ministère de la justice, à propos de la question écrite n° 09534 de J.-L. Masson, Utilisation du nom de son premier mari par une femme divorcée et remariée, 13^{ème} législature, JO Sénat, 8 octobre 2009, p. 2370.

¹¹⁶⁶. V° notamment, Paris, 9 mars 1979, préc. ; A. CHAPELLE, Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale, *RTD civ.* 1984, p. 411 et s. ; J. VIDAL, Les conventions de divorce, in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 805 et s.

¹¹⁶⁷. G. CORNU, *La famille*, Montchrestien, 8^{ème} éd., n° 342, cité par M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, *op. cit.*, p. 263 n°156.

¹¹⁶⁸. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, *ibid.*

¹¹⁶⁹. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, préc., n°409.

facultés de révocation unilatérale ou de retrait¹¹⁷⁰, lesquelles s'épanouissent en tous domaines, que les actes aient trait au corps humain (2-1) de la personne, qu'ils portent sur un attribut de sa personnalité (2-2) ou sur sa capacité même (2-3).

2-1. Les facultés de révocation unilatérale et les contrats portant sur le corps humain

374. Un droit absolu et discrétionnaire. Puisque le Code civil impose le respect de l'intégrité physique de la personne, et soumet la validité des atteintes qui lui sont portées au consentement préalable de la personne, le primat de la dignité humaine implique que ce consentement soit révocable sans forme et sans qu'aucune sanction ne soit encourue par le retrayant. C'est ainsi que le consentement préalable à tout acte médical et à tout traitement¹¹⁷¹ demeure parfaitement révocable à tout moment¹¹⁷². Il en est de même en matière de recherche sur la personne humaine¹¹⁷³, de l'autorisation de transférer les données recueillies à cette occasion¹¹⁷⁴, ou encore de prélèvements d'organes¹¹⁷⁵, de cellules, de cordon et de placenta¹¹⁷⁶. C'est également le champ des examens des caractéristiques génétiques,¹¹⁷⁷ ou encore celui des procréations médicalement assistées¹¹⁷⁸ qui connaissent de telles facultés de révocation. De même, lorsque les membres d'un couple ont consenti à ce qu'une recherche sur les embryons surnuméraires soit mise en œuvre, ils conservent la faculté de révoquer leur consentement à tout moment et sans motif jusqu'à ce que la recherche ait débutée¹¹⁷⁹.

375. L'immunité financière du rétractant. Il convient de relever que cette faculté peut être mise en œuvre sans qu'aucune compensation pécuniaire en faveur de l'autre partie ne

¹¹⁷⁰. La révocation unilatérale se déploie sans qu'une contrepartie financière ne soit requise. Là est la principale distinction avec le droit de retrait lequel ne peut prospérer que sous réserve d'indemnisation du cocontractant dépossédé.

¹¹⁷¹. O. GUIGNARD, Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil, *RRJ* 2000, n° 1, p. 45.

¹¹⁷². CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

¹¹⁷³. CSP, art. 1122-2.

¹¹⁷⁴. CSP, art. 1122-1, al. 2.

¹¹⁷⁵. CSP, art. L. 1231-1, alinéa 3, modifié par L. n° 2004- 800, 6 août 2004 et L. n° 2011- 814, 7 juill. 2011.

¹¹⁷⁶. G. RAOUL-CORMEIL, Les contrats sur la personne, *LPA* 2012, n° 238, p. 42.

¹¹⁷⁷. V° C. civ. art. 16-10, alinéa 2, précisant que le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

¹¹⁷⁸. S'agissant des procréations médicalement assistées avec don de gamètes, les deux membres du couple receveur, s'ils doivent consentir au don, conservent néanmoins la faculté de revenir sur leur parole jusqu'à l'utilisation des gamètes : CSP, art. L. 1244-2, al. 1, modifié par L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, *op. cit.*

¹¹⁷⁹. CSP, art. L. 2151- 5, III.

viennent en tempérer la portée. Il s'agit en conséquence ici d'une réelle atteinte à la force obligatoire des conventions, la personne dont le corps constitue l'objet de l'accord pouvant retirer son consentement *ad nutum*, et sans encourir aucune sanction, puisqu'il importe qu'elle puisse en toutes circonstances conserver la maîtrise de sa condition humaine et revenir sur un engagement dont elle n'aurait pas apprécié justement la portée ou dont elle ne souhaiterait plus la réalisation. Il est en effet indéniable que l'existence d'une sanction financière pourrait aisément dissuader le contractant de revenir sur son engagement, ce qui serait à l'évidence parfaitement contraire aux principes protégés par les hypothèses de révocation. Aussi le contractant vulnérable bénéficie-t-il en la matière d'une immunité pécuniaire destinée à garantir le respect de son intégrité physique et de sa liberté.

2-2. *Les facultés de révocation unilatérale et les contrats portant sur un attribut de la personnalité*

376. Les soubassements du principe. Les droits de la personnalité étant attachés à la personne de leur titulaire, le sujet qui concède à autrui un droit sur l'un de ses attributs par l'effet d'un accord de volontés doit pouvoir conserver la maîtrise totale des éléments personnels qui deviennent la matière de l'acte¹¹⁸⁰. Il doit ainsi pouvoir revenir sur son autorisation sans encourir l'opprobre. C'est à cet effet que le législateur offre notamment au disposant un droit de repentir¹¹⁸¹ qui lui permet de s'affranchir de la rigueur de la force obligatoire¹¹⁸². Émerge ainsi en droit positif une caractéristique propre aux « *conventions et autorisations relatives à l'exercice des droits de la personnalité* » : la libre révocabilité du consentement du titulaire du

¹¹⁸⁰. Th. HASSLER, Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes, *Rev. Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015. 118.

¹¹⁸¹. Sur le droit de retrait de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, v° notamment J.-M. BRUGIÈRE, Les métas-balises, nouveaux trublions des droits de la personnalité ?, *Chron. droit de l'internet, Rev. Lamy droit civil*, 2015-125, selon qui le droit de retrait « *s'apparente à un effacement, à la soustraction publique de l'œuvre de l'esprit* ».

¹¹⁸². Th. HASSLER, *Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes, ibid.*, et du même auteur, Réflexions sur le droit à l'oubli appliqué aux images de personnes sur internet, *Rev. Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014- 17, selon lequel « *les droits de la personnalité sont réputés révocables, et à ce titre aisément fongibles avec le droit à l'oubli* ». Néanmoins, aucun principe général de droit à l'oubli n'est encore à ce jour consacré par la cour de cassation s'agissant des droits de la personnalité : Th. HASSLER, Rediffusion et droit à l'oubli, *D.* 2007, chron. p. 2829.

droit¹¹⁸³. Par-delà, c'est la protection de son intégrité morale¹¹⁸⁴ qui se trouve renforcée par l'exercice de ce droit « *unilatéral, absolu et discrétionnaire* »¹¹⁸⁵.

377. Les champs d'application du principe. C'est en ce sens par exemple que l'auteur d'une œuvre de l'esprit, nonobstant la cession de son droit d'exploitation jouit d'un droit de repentir à l'égard du cessionnaire¹¹⁸⁶. Il peut même en user alors que son œuvre a déjà fait l'objet d'une publication¹¹⁸⁷. En revanche, la mise en œuvre de ce droit reste subordonnée à l'indemnisation du cessionnaire dépossédé¹¹⁸⁸. Cette faculté offerte à l'auteur a bien souvent été perçue comme une atteinte inconsidérée au régime général du contrat¹¹⁸⁹. Pourtant, nombreuses sont les voix à s'être élevées en faveur d'une telle possibilité de sortie unilatérale de l'acte. Le motif présidant à l'évidence à une telle faculté n'est autre que le caractère absolu du droit moral, celui-ci ne pouvant être aliéné en ce qu'il participe à la protection de « *l'indépendance intellectuelle de l'artiste* »¹¹⁹⁰ ou de l'auteur. Il contribue en effet « *à assurer à l'auteur ce qu'il a de plus précieux, le respect de sa personnalité (...)* »¹¹⁹¹. Le même raisonnement peut par ailleurs être poursuivi à l'égard des conventions par lesquelles une personne consent un droit de reproduction, d'utilisation ou d'exploitation de son image¹¹⁹². Et

¹¹⁸³. D. TALLON, *Rép. civ. Dalloz*, V° Personnalité (Droits de la), 1981, n° 152, p. 14. - Adde, J. STOUFFLET, *Le droit de la personne sur son image*, JCP G 1957, I, n° 1374 ; J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, 1978, n° 388, p. 436 ; A.-M. LUCIANI, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit international privé*, Thèse, Paris I, 1996, n° 78, p. 75.

¹¹⁸⁴. Au-delà, c'est aussi la sanction du défaut durable d'activité économique dans l'exploitation de l'œuvre qui se trouve sanctionné par un droit de résiliation unilatérale nouvellement créé par l'ordonnance n°2014-1348 du 12 novembre 2014 en faveur des auteurs de livres ayant concédé l'exploitation de leurs droits par convention.

¹¹⁸⁵. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n° 396 et 397.

¹¹⁸⁶. Ce droit est significatif de « *la supériorité du droit moral sur la force obligatoire des contrats* » : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013, spéc. n° 265, p. 233. Adde sur cette faculté, H. DESBOIS, Le droit de repentir et de retrait selon la loi française du 11 mars 1957, in *Mélanges ULMER*, 1965, p. 27 ; V. IONASCO, Le droit de repentir de l'auteur, *RIDA* 1975, n° 83, p. 21 ; A. FRANCON, Droit moral, abus de droit, droit de retrait et de repentir, *RTD com.* 1991. 592 ; et plus généralement, Ph. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985.

¹¹⁸⁷. CPI, art. L. 121-4.

¹¹⁸⁸. V° notamment, CA Paris, 6 juin 2000, *Prop. intell.*, 2001, p. 61, obs. A. LUCAS. – TGI PARIS, 27 oct. 1969, *RIDA* 1970, n° 63, p. 235.

¹¹⁸⁹. MASSE, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1906, p. 52.

¹¹⁹⁰. H. CABRILLAC, *La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste. Essai sur le droit moral*, Imprimerie Causse, Graille et Castelnau, 1926, pp. 6-7.

¹¹⁹¹. Trib. Civ. Seine, 6 et 7 avr. 1949, Affaire *Blanchar* (1^{ère} esp.), Affaire *Les enfants du Paradis* (2^{ème} esp.), *Gaz. Pal.* 1949. 1, p. 249, concl. GEGOUT.

¹¹⁹². CA Paris, 7 juin 1988, cité par M. ENNOCHI, L'image menacée ?, *Légipresse* 2002, p. 131. V° également sur la question, Th. HASSLER, *Le droit à l'image des personnes : entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Litec, coll. Ceipi, 2014, n°27. Il semble toutefois que la Cour de cassation subordonne la validité du repentir à la preuve d'un manquement à la destination initiale de l'image telle qu'elle ressort des termes de

la même perspective prévaut également à l'égard des contrats portant sur la voix¹¹⁹³ ou la vie privée¹¹⁹⁴ du contractant.

378. La tempérance de l'atteinte à la force obligatoire. Est-ce pour autant convenir d'une réelle atteinte à la force obligatoire de l'acte ? Il semble bien que la négation soit de mise. Deux motifs principaux permettent en effet de relativiser le primat de l'intégrité morale de la personne sur le caractère contraignant des obligations. Tout d'abord, s'agissant de l'autorisation d'utilisation de l'image, de la voix ou des éléments de la vie privée de la personne, la révocation du consentement du titulaire de l'attribut demeure soumise à la caractérisation d'une utilisation de l'élément contraire à la finalité visée dans l'acte¹¹⁹⁵. En dehors de cette hypothèse, l'absence d'atteinte à la personnalité du titulaire justifie que la force obligatoire de l'acte soit renforcée.

Ensuite, la mise en œuvre de ce droit de repentir¹¹⁹⁶ reste subordonnée à l'indemnisation préalable du cessionnaire¹¹⁹⁷. Celle-ci s'étend à l'entier préjudice, de sorte que la perte éprouvée et le gain manqué doivent tout à la fois être réparés. Par exemple, une personne qui aurait consenti à la révélation de faits d'intimité mais qui reviendrait ensuite, pour des motifs de pure convenance personnelle, à davantage de pudeur et déciderait ainsi de ne plus les dévoiler, ne saurait être contrainte d'honorer son engagement, sous réserve toutefois de compenser financièrement le préjudice causé à son cocontractant¹¹⁹⁸. Une telle différence de traitement avec le droit de révocation existant s'agissant des conventions portant sur la réalité physique de la personne peut aisément se justifier au regard de la moindre gravité de l'acte, pour la vulnérabilité humaine. Mais elle s'explique sans doute aussi à l'égard de la nature même des conventions, à savoir qu'elles sont bien souvent conclues en ce cas à titre onéreux, légitimant ainsi que la perte financière du cocontractant soit compensée. Mais sans doute la justification

l'autorisation donnée par le titulaire : Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n°02-16.354. De même une indemnisation au profit du cessionnaire dépossédé doit-elle lui être versée par le cédant se rétractant : CA Paris, 7 juin 1998, cité par M. ENNOCHI, *L'image menacée ?*, *op. cit.* p. 131.

¹¹⁹³. C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. préc., n° 358, p. 341.

¹¹⁹⁴. R. BADINTER, *Le droit au respect de la vie privée*, *JCP G* 1968, I, 2136, n° 40.

¹¹⁹⁵. S'agissant de l'usage d'un nom : TGI Paris, 10 févr. 1981, *D.* 1981. 443, note R. LINDON. Pour l'usage d'une image : Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, *Dr. et patr.* 2004. 127, G. LOISEAU, *Le droit à l'image aux prises avec la force obligatoire des conventions*.

¹¹⁹⁶. Sur l'opportunité du droit de repentir à l'égard des images commercialement exploitées, v° notamment Th. HASSLER, *Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes*, *ibid.*

¹¹⁹⁷. L'absence d'indemnisation fait échec au droit de retrait et de repentir : CA Paris, 6 juin 2000, *Propr. intell.* 2001, p. 61, obs. A. LUCAS. – TGI Paris, 27 oct. 1969, *RIDA* 1970, n° 63, p. 235.

¹¹⁹⁸. P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, *Economica*, 3^e éd., 1995, n° 140.

principale de la force obligatoire résulte-t-elle de ce qu'en la matière, les dispositions de l'article 9 du code civil ne sont en rien exclusives de la liberté contractuelle.

Encore convient-il de relever que l'exercice du droit de retrait par le titulaire de l'attribut extrapatrimonial ne saurait être abusif¹¹⁹⁹, sauf à voir engager sa responsabilité contractuelle. À l'évidence, la poursuite de celui-ci ne saurait être effectuée par exemple dans la seule perspective de nuire aux intérêts de son cocontractant.

Reste enfin l'hypothèse où ces attributs extrapatrimoniaux constituent des données à caractère personnel. L'article 7-3 du RGPD dispose en effet que la personne concernée par le traitement « a le droit de retirer son consentement à tout moment ». Néanmoins, « le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait ». Autrement dit, aucun retour au statu quo ante ne sera opéré, le retrait ne produisant d'effet que pour l'avenir. Sans doute la consécration nouvelle par l'article 17 du RGPD d'un droit à l'oubli¹²⁰⁰ en faveur de la personne dont les données à caractère personnel participent du contenu du contrat s'inscrit-elle dans la continuité de cette révocabilité du consentement en offrant à la personne concernée la faculté de solliciter l'effacement de ses données à caractère personnel par le responsable du traitement dans les plus brefs délais. Encore que ce droit ne soit pas entièrement nouveau, puisque déjà affirmé par la CJUE dans son arrêt « Google Spain » du 13 mai 2014¹²⁰¹. De même l'institution d'un droit à la portabilité par l'article 20 du même texte, offrant au titulaire des données la faculté de récupérer celles qu'il a transmises au responsable du traitement et de les transmettre le cas échéant à un nouveau responsable de traitement participe-t-elle à renforcer la maîtrise de la personne sur ses éléments d'identification.

2-3. Les facultés de révocation unilatérale et les contrats portant sur la capacité juridique de la personne

379. L'absence d'atteinte directe à la force obligatoire. Dans le champ des conventions portant sur la capacité juridique de la personne, émerge aussi un droit de

¹¹⁹⁹. Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *JCP G* 1991, II, 21760, note F. POLLAUD-DULIAN ; *D.* 1992, somm. p. 15, obs. C. COLOMBET ; *RIDA* janv. 1992, p. 272, note P. SIRINELLI ; *RTD com.* 1991, p. 592, obs. A. FRANCON.

¹²⁰⁰. Certaines exceptions résiduelles sont néanmoins instituées, telle la liberté d'expression ou d'information, lesquelles devraient en toute vraisemblance nourrir un contentieux abondant.

¹²⁰¹. CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SI et Google Inc c./ Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) et Mario Costeja Gonzalez*, affaire C-131/12.

révocation, tant que l'accord n'a pas commencé à produire ses effets. Une telle faculté, à la différence des hypothèses précédentes, ne tend pas spécifiquement à protéger la vulnérabilité substantielle de la personne, mais bien plutôt celle personnelle. Plus précisément, reconnaître la personne comme la source de sa protection implique nécessairement qu'une certaine modulation de la force obligatoire soit instituée. En somme, le disposant doit conserver la faculté d'anéantir l'acte qu'il ne jugerait plus opportun ou conforme à ses intérêts personnels et patrimoniaux. Encore qu'il n'y ait pas ici véritablement entorse au caractère contraignant de l'acte, puisque la révocation ne peut intervenir qu'avant le déploiement de ses effets. C'est ainsi que le mandat de protection future demeure révocable avant qu'il ne devienne effectif. Néanmoins, une fois l'effectivité déclenchée, celle-ci l'étant par l'altération des facultés du disposant, doit à l'évidence être rejetée toute faculté de révocation par la personne même.

Le droit positif témoigne ainsi de la force obligatoire, plus ou moins absolue, des conventions en droit des personnes. À l'intensité de la dangerosité de l'acte pour le contractant vulnérable, et notamment pour sa dignité, répond la gradation de la contrainte. Sans doute l'existence de facultés d'inexécution peut-elle concourir à la justification de la licéité de certains contrats afférents aux attributs extrapatrimoniaux de la personne¹²⁰². Quoiqu'il en soit, il demeure donc une constante qui irrigue les contrats en droit des personnes : la possible rétractation du consentement afin que soient préservées l'intégrité et la liberté de la personne¹²⁰³. Or, puisqu'un tel droit est reconnu au contractant faible, celui-ci, en cas d'inexécution de sa prestation, ne saurait être contraint à l'exécuter en nature.

B. Les droits du contractant vulnérable en cas d'exécution défailante de l'acte

380. La justification de la prohibition de l'exécution forcée. L'ancien article 1142 du Code civil prévoyait que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages et intérêts en cas d'inexécution par le débiteur. Cette disposition tend à ce qu'aucune atteinte à

¹²⁰². J.-Ch. SAINT-PAU (dir.), *J.-Cl. Civil, LexisNexis*, v° Droits de la personnalité, 2013, n° 585.

¹²⁰³. Sans doute une telle faculté mériterait-elle d'être généralisée à tous les accords portant sur la personne même de l'un des contractants. Le Professeur ANCEL notamment, s'est ainsi interrogé sur l'opportunité d'une telle généralisation aux contrats portant sur un droit de la personnalité. Appuyant son argumentation sur les contrats emportant publication de l'image ou divulgation d'éléments d'intimité, il soutient qu'elle serait en quelque sorte inutile dans la mesure où la personne ne donne son autorisation que lorsqu'elle a pu prendre connaissance du cliché de son image ou de la fixation écrite des faits de sa vie privée : P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité ; une approche critique des droits de la personnalité*, préc., n° 228 et s. Pourtant, une telle acception occulte l'hypothèse où la personne en a effectivement pris connaissance, mais souhaite ensuite se raviser, de sorte que prévoir un droit de repentir ne serait peut-être pas si inutile qu'il peut le paraître.

la liberté et l'intégrité, à la fois physique et morale, ne puisse atteindre le contractant qui a engagé sa personne dans l'objet même du contrat. Cette préoccupation, exprimée par l'adage « *nemo praecise cogi ad factum* », renvoie au-delà au *noli me tangere* et à la primauté de la personne. Une telle position avait déjà par ailleurs été initiée par la Cour de cassation¹²⁰⁴. Il est donc indéniable que la contrainte physique est « *inimaginable, et la pression sur la volonté, par le biais d'une astreinte, l'est tout autant* »¹²⁰⁵. Sans doute est-il possible ici aussi de déceler la prééminence de la dignité du contractant sur celle de la force obligatoire. Plus précisément, le contenu obligationnel s'estompe lorsque l'intérêt supérieur de la personne humaine l'exige. Il s'agit ainsi de bannir toute possibilité d'exécution forcée dès lors qu'elle « *ne peut être obtenue autrement qu'en exerçant une contrainte physique sur la personne du débiteur* »¹²⁰⁶. Il y a là une traduction supplémentaire de l'un des objectifs principaux du droit qui est de veiller à toujours « *assigner aux contrats les limites sans lesquelles les contractants seraient tour à tour maître ou esclave* »¹²⁰⁷. Aussi importe-t-il que l'obligation ne soit pas trop personnelle pour qu'une telle sanction puisse prospérer. Or, à l'évidence, dans une large part des contrats en droit des personnes, le contractant vulnérable est intimement engagé dans l'acte, par le prisme de ses attributs extrapatrimoniaux, de sorte que l'exécution forcée en nature semble devoir nécessairement être écartée.

381. Le champ d'application de la prohibition de l'exécution forcée. L'article 1142 ancien limitait le champ de la prohibition aux seules obligations de faire ou de ne pas faire. Or, puisque la réforme du droit des obligations de février 2016 est venue supprimer la distinction tripartite des obligations - faire, ne pas faire et donner - il semble bien qu'elle puisse désormais s'appliquer quelle que soit la nature de l'obligation en cause. Le législateur a donc, semble-t-il, souhaité ériger au rang de principe, la faculté reconnue aux contractants d'obtenir l'exécution forcée en nature en cas d'inexécution d'une obligation. Néanmoins, l'article 1221 nouveau prévoit cependant deux limites. La première résulte de ce qu'une telle sanction peut être impossible, et tel sera particulièrement le cas lorsque l'obligation est éminemment personnelle. La seconde exception réside en la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée

¹²⁰⁴. Cass., 14 mars 1900, *D.P.* 1900, I, p. 497, note M. PLANIOL, rapp. RAU, concl. DES-JARDINS ; *S.* 1900, I, p. 489, note anonyme.

¹²⁰⁵. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, *V° Nemo praecise cogi potest ad factum*, n° 260, spéc. pp. 517-518.

¹²⁰⁶. Ph. SIMLER, *Juris-Classeur Civil*, Art. 1136-1145, Fasc. 10, 1993, *V° Contrats et obligations*, spéc. n° 111.

¹²⁰⁷. C. LABRUSSE-RIOU, De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, in *Le droit des contrats au début du XXI^{ème} siècle*, préc., p. 499 et s., spéc. p. 501.

en nature pour le débiteur, et son intérêt pour le créancier. À l'évidence, seule la première hypothèse justifie qu'une telle sanction soit écartée en cas d'inexécution des contrats en droit des personnes. Aussi évidente semble être la règle, elle n'est toutefois pas dénuée de toute ambiguïté, dès lors qu'aucune précision légale n'a été apportée quant à la notion d'obligation éminemment personnelle. Comblant comme bien souvent le vide législatif et le vertige qu'il peut légitimement procurer à tout observateur, la jurisprudence est venue interpréter cette notion comme celle dont l'exécution forcée en nature porterait une atteinte aux libertés essentielles du débiteur¹²⁰⁸. Aussi importe-t-il, pour qu'elle puisse être mise en œuvre, que la liberté et l'intégrité de la personne soient respectées. Une telle caractéristique n'est par ailleurs pas topique du seul droit des personnes, puisque la règle prévaut également dans d'autres domaines, tel le droit du travail où l'exécution forcée de la prestation est tout à fait impensable, ou encore le droit des sociétés où une telle contrainte est prohibée, pour la même raison, à l'égard des apporteurs en industrie¹²⁰⁹.

S'agissant spécialement du champ de l'étude, ce sont tout d'abord les conventions portant sur l'autorisation d'exploitation d'un attribut de la personnalité qui se trouvent exclues d'une possible exécution forcée en nature. Dans de telles hypothèses, sont contractuellement stipulées des obligations de ne pas faire, puisque le titulaire s'engage alors à s'abstenir d'exercer les droits de la personnalité afférents à l'attribut concerné par l'acte.¹²¹⁰ Néanmoins, rappelons-le, la détermination de la nature juridique de l'obligation, dans l'application de l'exécution forcée en nature, est devenue parfaitement superfétatoire depuis l'ordonnance de février 2016. Est donc notamment prohibée l'exécution forcée des contrats de commande d'œuvre de l'esprit, puisque « *tout travail forcé¹²¹¹ est incompatible avec la dignité humaine* »¹²¹². Est également rejetée la contrainte sous astreinte d'un artiste à réaliser l'œuvre qu'il s'était engagé à produire¹²¹³. Aussi l'auteur ne saurait-il être astreint à honorer son obligation en nature¹²¹⁴. Il est en effet titulaire d'un droit moral sur sa création, impliquant qu'il puisse décider de sa

¹²⁰⁸. Cass. civ., 14 mars 1900, *D.* 1900, I, p. 497.

¹²⁰⁹. D. VIDAL et K. LUCIANO, *Cours général de droit des sociétés*, Ed. Gualino, Coll. Amphi LMD, 2^{ème} éd., 2016-2017, n° 190.

¹²¹⁰. À l'inverse, les contrats portant sur la réalité charnelle de la personne comportent une obligation de faire, consistant en la mise à disposition d'autrui de celle-ci.

¹²¹¹. Cass. crim., 13 janv. 2009, *D.* 2009, 1935, note B. LAVAUD-LEGENDRE.

¹²¹². Cass. crim., 13 janvier 2009, *op. cit.*

¹²¹³. Paris, 4 juil. 1865, *S.* 1865, p. 233, *D.* 1865, p. 201.

¹²¹⁴. S. JACQUIER, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteurs*, PUAM, 2001, préf. P.-Y. GAUTIER, n° 812 et s.

divulgarion, et même revenir dessus¹²¹⁵. Il devra alors simplement indemniser le cessionnaire. Et puisque le retrait est un droit du cédant, une telle indemnité ne saurait recouvrir le caractère d'une sanction¹²¹⁶. Mais ces exceptions prospèrent-elles en marge du droit commun ? Il est vrai que d'aucuns¹²¹⁷ soutiennent qu'une telle impossibilité de recourir à l'exécution forcée en nature serait dérogoire au droit commun. Pourtant une telle assertion semble prêter le flanc à la critique puisque le Code civil prévoit expressément une telle hypothèse¹²¹⁸.

S'agissant ensuite de la réalité charnelle de la personne, Decocq a très justement mis en exergue une telle impossibilité à l'égard des contrats portant sur l'un des éléments humains, ou sur l'activité de la personne, cette règle soutenant « *l'impératif du respect de la liberté physique du débiteur* »¹²¹⁹, et partant, sa dignité. Il n'y a en effet rien d'hérétique à considérer qu'une telle contrainte « *pourrait avoir pour résultat de rendre, au moins pour un temps, le débiteur esclave de son créancier* »¹²²⁰. C'est ainsi que le sujet d'une recherche portant sur la personne humaine ne saurait, en cas de retrait de son consentement, être tenu d'exécuter en nature son engagement. Il en va de même de la personne qui accepterait que l'un de ses éléments ou produits soient prélevés. Encore convient-il de préciser que dans toutes ces hypothèses, l'exécution par équivalent est également proscrite, de même que le débiteur ne saurait être tenu d'indemniser son cocontractant.

¹²¹⁵. CPI, art. L. 121-2.

¹²¹⁶. P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité ; une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse dactyl. Dijon, 1978, n° 224. - Adde C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002, préf. J. GHESTIN, n° 46 et s.

¹²¹⁷. M. BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, préc., n° 233, p. 370.

¹²¹⁸. C. civ., art. 1221.

¹²¹⁹. A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, préc., n° 403.

¹²²⁰. E. MEYNIAL, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, Mémoire présenté au concours de doctorat de la faculté de Paris, 1885, *Rev. pratique de droit français*, 1887, p. 1 et s.- Adde, M.-A. FRISON-ROCHE, note sous Chambre mixte, 14 févr. 2003, *Les Échos*, 28 et 29 mars 2003, p. 54.

§ II. LA RÉGULATION OBJECTIVE DE LA FORCE OBLIGATOIRE À L'ÉGARD DU JUGE

382. La dialectique juge - accords de volonté. « *Le juge, dont la providence divine devait nous préserver, est un acteur privilégié du droit* »¹²²¹. Si la Révolution française avait en effet caractérisé les juges comme « *le symbole de l'injustice* »¹²²², un siècle plus tard a néanmoins été consacrée la légitimité judiciaire¹²²³. Pourtant, celle-ci ne saurait être synonyme d'un pouvoir judiciaire absolu qui se déploierait à sa guise sans qu'aucune limite ne vienne l'astreindre et le tempérer. C'est ainsi qu'il est communément admis à l'égard des conventions que les juges ne doivent pas s'immiscer dans ces relations¹²²⁴, lesquelles sont exclusivement la chose des parties¹²²⁵. Encore qu'il ait été démontré plus en amont qu'il en était ainsi que lorsque tous les intérêts supérieurs en présence sont préservés par le seul échange des consentements. Néanmoins est-il reconnue a minima aux juges la faculté d'en interpréter les termes (A) en cas d'obscurité. Mais une tendance correctrice tend cependant à se généraliser en droit des personnes puisque ceux-ci se voient également reconnaître le pouvoir de corriger les termes de l'accord dans un sens favorable au contractant vulnérable (B).

A. L'interprétation judiciaire des contrats en droit des personnes

383. Une interprétation stricte et *in favorem*. L'interprétation des contrats n'est autre que l'opération par laquelle la jurisprudence révèle le sens et la portée des termes de la convention et détermine au-delà les droits et obligations respectifs des parties¹²²⁶.

¹²²¹. J. FISHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Préf. Ph. LE TOURNEAU, Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, n°4, p. 21.

¹²²². J. FISHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, *op. cit.*, n°4, p. 21.

¹²²³. V° sur cette consécration progressive qui conduisit à parachever « *cette renaissance judiciaire* » : J. FISHER, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹²²⁴. V° notamment, Cass. com. 18 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, Pan. 232 ; *RTD civ.* 1980. 780, obs. G. CORNU. Conformément aux termes de l'article 1134 ancien, « *les juges ne peuvent, sous prétexte d'équité ou de tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties* ».

¹²²⁵. Dans une telle approche, toutes les obligations qui ne puisent pas leur source dans la volonté commune des parties traduit « *un procédé de forçage qui est la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* » : JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, *DH.* 1933, spéc. p. 91.

¹²²⁶. Ph. SIMLER, *Propos introductifs. A la recherche des frontières de l'interprétation*, *RDC* 2015, p. 146.

Traditionnellement, le juge ne doit se soumettre à une telle œuvre que lorsque l'accord témoigne d'un obscurantisme ou d'un laconisme certain¹²²⁷. Or, sur ce point, les contrats en droit des personnes n'échappent pas à la règle. En revanche, cet aspect du droit commun semble entraîner dans son sillage l'émergence d'une méthode d'interprétation relevant à première vue bien plus du droit spécial. En effet, il est de coutume que la jurisprudence interprète l'accord à l'aune des dispositions des articles 1188¹²²⁸ et suivants du Code civil. Plus précisément doit-elle systématiquement rechercher quelle a été la commune intention des parties¹²²⁹, la Cour de cassation n'étant par ailleurs guère encline à imposer aux juges du fond d'autres directives pour mener à bien une telle œuvre interprétative¹²³⁰. Pourtant, en droit des personnes, une stricte application de la formule de l'article 1188 aurait sans doute pour effet, en certaines espèces, d'engendrer une extension de l'autorisation d'utilisation de l'attribut au-delà de la lettre du contrat¹²³¹, ce qui serait incontestablement une source de danger pour l'intégrité du titulaire de l'attribut. En somme, un droit spécial de l'interprétation paraît venir s'adjoindre au droit commun dans le champ de la présente étude. Et il est celui qui accueille une interprétation stricte en faveur du contractant vulnérable¹²³², puisque l'autorisation afférente à un attribut extrapatrimonial de la personne est nécessairement spéciale¹²³³. Certes l'article 1162 ancien prévoyait déjà une telle règle, mais la soumettait à l'échec de toute interprétation subjective¹²³⁴

¹²²⁷. L'article 1192 du code civil dispose en effet qu' « *on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ».

¹²²⁸. Cet article dispose que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

¹²²⁹. Cette intention doit être appréciée au moment de la conclusion de l'acte, puisque la volonté des parties peut parfaitement évoluer entre le temps de sa formation et celui de son exécution : Cass. ass. plén., 12 mai 1989, n° 86-41.740, *Bull. ass. plén.* n° 1. – Cass. ass. plén., 12 mai 1989, n° 86-43.232, *Bull. ass. plén.* n° 1. – Cass. ass. plén., 12 mai 1989, n° 86-44.845, *Bull. ass. plén.* n° 1, *JCP G* 1989, II, n° 21322, concl. J. CABANNES, note G. LYON-CAEN.

¹²³⁰. A. E. DE SAINTE MARIE, L'objet des cessions de droit d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial, *RTD com.* 2013, p. 669.

¹²³¹. A. E. DE SAINTE MARIE, L'objet des cessions de droit d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial, *ibid.*

¹²³². Tel est notamment l'hypothèse résultant de la lecture combinée des articles L. 122-7 et L. 131-3 du CPI, soit celle de l'interprétation stricte *in favorem auctoris*. V° par exemple en ce sens : CA Paris, 3 nov. 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, p. 324. – Cass. civ., 22 juin 1959, *D.* 1960, jurispr. p. 129, note H. DESBOIS. – Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1999, *Comm. com. électr.* 1999, comm. 8, note Ch. CARON. – Cass. com., 29 oct. 2003, *JCP E* 2004, p. 290, note A. SINGH.

¹²³³. Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1984, n° 83-11.786, *D.* 1985, *I.R.*, p. 166, obs. R. LINDON s'agissant de l'autorisation de publication d'un roman portant sur l'intimité d'une personne n'emportant pas le droit d'en faire un film sans obtenir un nouvel accord.

¹²³⁴. A. E. DE SAINTE MARIE, L'objet des cessions de droit d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial, *ibid.*

384. L'absence de subsidiarité de l'interprétation. Or, en droit des personnes, une interprétation objective doit être mise en œuvre, semble-t-il, alors même que la découverte de la commune intention des parties serait possible. Une telle perspective tend à protéger le contractant contre les excès inhérents au déploiement de sa volonté, laquelle ne doit jamais conduire à obérer son intégrité et sa dignité. Sans doute également le principe de spécialité du consentement et le caractère nécessairement restrictif de l'autorisation concédée justifient-ils qu'il en soit ainsi. À l'évidence, si la personne consent, c'est précisément « *en vue de quelque chose* »¹²³⁵, de sorte que les termes de l'accord doivent toujours s'interpréter strictement et nécessairement *in favorem*¹²³⁶ afin que le contenu de l'acte ne soit jamais étendu au-delà des prévisions contractuelles. C'est ainsi par exemple que le contrat afférent au droit moral de l'auteur doit nécessairement s'interpréter selon cette méthode, celui-ci n'étant engagé que s'il y a consenti et dans les limites qu'il a acceptées¹²³⁷. Doivent être interprétés selon la même méthode tous les contrats portant sur un attribut extrapatrimonial de la personnalité, tel notamment l'image¹²³⁸.

385. La combinaison du droit commun et du droit spécial. Mais une semblable acception révèle-t-elle réellement une méthode spéciale, dérogoire au droit commun ? L'affirmative est loin d'être évidente, même si vraisemblablement certaines règles spéciales, telles celles résultant du code de la propriété intellectuelle, régissent la matière. Tout d'abord, les dispositions de l'article 1188 sont supplétives, et leur non-respect ne saurait entraîner la censure de la jurisprudence¹²³⁹. Sans doute la validité des clauses d'interprétation¹²⁴⁰ vient-elle asseoir une telle considération. En somme, en étant nullement impératives, ces dispositions ne sauraient à elles seules refléter l'entière réalité du droit commun de l'interprétation. Ensuite, le raisonnement est d'autant plus conforté que la réforme de février 2016 est notamment venue instaurer l'obligation d'interpréter les contrats d'adhésion contre celui qui en a proposé le

¹²³⁵. J. HAUSER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *RTD civ.* 2000.801, n° 3.

¹²³⁶. Une telle perspective évoque nécessairement l'interprétation *contra proferentem* que prévoit l'article L. 133-2 du Code de la consommation : A. E. DE SAINTE MARIE, L'objet des cessions de droit d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial, *RTD com, op. cit.*, p. 670.

¹²³⁷. CA Paris, 2 mai 1975, *JCP G* 1979, II, 19110, note LEDUC.

¹²³⁸. Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1977, n° 75-14.208, *D.* 1977, *I. R.*, p. 316. – Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 1990, n° 89-11.485, *Bull. civ. I*, n° 164. – Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-14.610, *Bull. civ. I*, n° 167, *RTD civ.* 2000, p. 801, obs. J. HAUSER. – Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2007, n° 06-13.601, *D.* 2007, p. 2778, obs. L. MARINO ; *RLDC* 2007/41, n° 2667, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

¹²³⁹. V° par ex. : Cass. com., 10 juil. 2001, n° 97-21.648, *JCP G* 2002, II, n° 10072, note A. PERDRIAU.

¹²⁴⁰. D. MAZEAUD, L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation, *RDC* 2015, p. 187.

contenu¹²⁴¹. Aussi, alors que cette grille de conduite n'est que supplétive, rien ne semble faire obstacle à ce que les autres méthodes d'interprétation soient également intégrées au droit commun.

Certes d'aucuns ont pu considérer que le nouvel article 1602 qui prescrit que l'interprétation soit réalisée contre le vendeur témoigne du caractère dérogatoire de l'interprétation stricte, particulièrement s'agissant du droit moral de l'auteur¹²⁴². Mais c'est bien vite oublier que le titulaire de l'attribut extrapatrimonial ne s'en dépossède pas, mais concède simplement des droits sur celui-ci. Il n'est en effet pas un vendeur d'un contrat de gré à gré, et pour cause, les droits de la personnalité ne sont pas des biens.

B. La correction judiciaire des contrats en droit des personnes

386. Une tendance du droit positif. Le pouvoir judiciaire fait parfois œuvre intrusive dans les contrats en droit des personnes, puisqu'il se voit reconnaître un pouvoir à la fois modulateur par une appréciation de l'utilité de l'acte (1) et un pouvoir modérateur¹²⁴³ destiné à adapter les effets du contrat conformément aux intérêts du contractant vulnérable (2). Encore ne faudrait-il pas croire qu'il s'agisse ici d'une dérogation radicale à la force obligatoire dès lors qu'« *en règle générale, un contrat peut être modifié par le juge lorsque le législateur lui en donne le pouvoir* »¹²⁴⁴. Aussi s'agit-il bien plutôt d'un simple affaiblissement légitimé par l'objectif de protection du contractant vulnérable ainsi notamment que par celui de l'équilibre contractuel.

¹²⁴¹. C. civ., art. 1190 : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui a proposé* ».

¹²⁴². A. E. DE SAINTE MARIE, L'objet des cessions de droit d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial, *op. cit.*, p. 569.

¹²⁴³. Sur cette notion, v° notamment, C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse, Paris II, 1973 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé français*, Thèse, Toulouse 1, Ph. LE TOURNEAU (dir.), 2003 ; F. LAFAYE, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, Thèse, Lyon 3, Olivier MORETEAU (dir.), 2004.

¹²⁴⁴. A. BATTEUR, Contrat et mesures de protection, *op. cit.*, n° 38.

1. La modulation judiciaire des contrats en droit des personnes

387. La juste proportion de l'engagement. La protection de la vulnérabilité contractuelle n'échappe décidément pas aux juges, lesquels disposent également en droit des personnes d'un pouvoir modulateur destiné à garantir la juste proportion de l'engagement du contractant dont un attribut extrapatrimonial forme la matière d'un contrat. Par la mobilisation du principe de proportionnalité¹²⁴⁵ (1-1) la jurisprudence veille ainsi à sanctionner les atteintes illégitimes à l'intégrité de la personne (1-2).

1-1. La mobilisation judiciaire du principe de proportionnalité

388. Un pouvoir souverain des juges du fond. La contractualisation en droit des personnes entraîne dans son sillage un certain nombre de conventions mettant aux prises les droits fondamentaux des individus. À l'évidence, en dépit du phénomène de fondamentalisation qui atteint le droit des contrats (a) ces dernières années, le déploiement des volontés reste astreint au contrôle judiciaire de l'utilité des conventions (b).

a. Une mobilisation consubstantielle à la fondamentalisation du droit des contrats.

389. Le principe de proportionnalité. Perçu comme un « régulateur d'équilibre »¹²⁴⁶ et issu du droit public¹²⁴⁷, le principe de proportionnalité innerve également le droit communautaire¹²⁴⁸ et la scène juridique internationale¹²⁴⁹. Encore ne faudrait-il pas croire qu'il est une originalité du droit des personnes, puisqu'il trouve application au niveau étatique dans d'autres champs juridiques, tel le droit pénal¹²⁵⁰ ou le droit du travail. Tirant sa légitimité de l'ordre public de direction¹²⁵¹, il trouve ses principales applications en droit des personnes lorsqu'un accord de volontés organise une atteinte à un droit fondamental d'un contractant par

¹²⁴⁵. V° notamment S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. préc., p. 371 et s.

¹²⁴⁶. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁴⁷. S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, p. 16 et s.

¹²⁴⁸. S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁴⁹. S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁵⁰. S. LE GAC-PECH, *ibid.*

¹²⁵¹. S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, p. 30 et s.

une autre personne physique¹²⁵², voire lorsqu'il met en concours deux droits fondamentaux. Plus précisément, la légitimité de l'atteinte se trouve-t-elle appréciée au regard du principe de proportionnalité. Dans une telle perspective, le juge ne peut qu'occuper une place centrale puisqu'il est amené à concilier des droits entrés en opposition. Néanmoins, cette faculté doit être conditionnée à son utilité ou sa nécessité, et doit s'avérer proportionnée¹²⁵³, afin de ne pas servir avec excès l'*impérium* des juges¹²⁵⁴. C'est ainsi que, lorsqu'une personne accepte qu'une atteinte soit portée à l'un de ses attributs extrapatrimoniaux, le juge devra veiller à ce que l'atteinte soit non seulement légitime, mais également proportionnée au but recherché. Par exemple, si les atteintes au corps humain librement consenties, telles les diverses autorisations de prélèvement portant sur un élément ou un produit du corps humain constituent indéniablement une atteinte à l'intégrité corporelle, elles sont en revanche tolérées par le droit objectif puisqu'elles participent de l'intérêt thérapeutique individuel de la personne, ou de celui d'autrui. C'est ainsi à un contrôle de l'intérêt des parties, ou de l'utilité de l'acte auquel le juge doit se livrer.

b. Le contrôle judiciaire de l'utilité du contrat

390. Les conditions de légitimité de l'atteinte. Les atteintes consenties par une personne à l'un de ses droits extrapatrimoniaux ne sauraient être légitimées sans qu'aucune mesure ne vienne tempérer cette faculté. A priori en effet, que ce soit le droit à l'intégrité physique ou encore le droit à l'intégrité morale, ils sont tous deux « *inaliénables* »¹²⁵⁵ impliquant que la personne ne puisse en disposer, de sorte que n'importe quel acte ne saurait être toléré, la dignité de la personne imposant pour la licéité de l'atteinte sa juste proportion avec l'avantage escompté.

¹²⁵². De telles possibilités ont été rendues possibles par l'effet du phénomène de contractualisation des droits fondamentaux. V° sur ce point, R. DIJOUX, La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux, *LPA*, 27 octobre 2011 n° 214, p. 12 et du même auteur, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Ed. L'Harmattan, 1992.

¹²⁵³. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Th. préc., n° 723 et s., p. 433 et s.- Adde en ce sens, R. DIJOUX, La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁵⁴. Traditionnellement, le contrat est « *précisément fait pour éviter le juge* », celui-ci étant « *le serviteur du contrat* » : L. AYNÈS, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, *RDC* 1^{er} avril 2016, Hors-Série.

¹²⁵⁵. S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, *Hypercours*, 1^{ère} éd., 2013, n°39, p. 22.

391. La balance avantages-risques. Plus précisément, c'est à un rapport risques-avantages¹²⁵⁶ qu'est soumise la validité de tels accords, l'appréciation de cet équilibre relevant ainsi du pouvoir souverain des juges du fond, et se réalisant aux termes d'une analyse *in concreto*¹²⁵⁷ des circonstances de l'acte. Encadrant ainsi la liberté des parties, la mise en œuvre du principe de proportionnalité contribue sans nul doute à protéger l'absolutisme des droits auxquels une atteinte est tolérée, voire souhaitée.

1-2. La consubstantialité de la proportionnalité du contrat et de la protection du contractant vulnérable

392. Proportionnalité et atteintes à l'intégrité physique. Le principal terrain d'application du principe de proportionnalité est celui des actes emportant une atteinte au droit à l'intégrité physique du contractant. Sont plus précisément visés ici les différents accords de volontés portant sur le corps de la personne, ou l'un de ses éléments ou produits, interrogeant *in fine* l'exercice de l'art médical¹²⁵⁸. Or, puisqu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne* » et à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ou afin de répondre à « *un impératif de solidarité collective* »¹²⁵⁹, la validité de telles conventions, soumise à l'exigence d'une juste proportion, implique qu'une balance positive d'avantages émerge. À défaut, le consentement de la personne ne saurait à lui seul suffire à légitimer de tels actes. Nombreuses sont en effet les décisions sanctionnant des médecins ayant pratiqué une intervention faisant courir à leur patient un risque disproportionné en considération des bénéfices attendus¹²⁶⁰. Le praticien doit ainsi évaluer l'impact physique de l'acte au regard de la finalité projetée. Dès lors que la proportion du caractère curatif de l'atteinte n'est pas établie, le praticien semble même devoir contrecarrer le

¹²⁵⁶. L'application du principe de proportionnalité revient à faire un bilan coûts-avantages : G. KALFLECHE, *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives*, in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes de colloque, LPA, 2009, n° spécial, p. 49 et s.

¹²⁵⁷. V° notamment en ce sens, CA Paris, 1^{ère} ch., 5 juin 1962, *JCP G* 1962, II, 12809 ; R. DIJOUX, *La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux*, LPA, *op. cit.*, n°214, spéc. p. 12.

¹²⁵⁸. G. MÉMETEAU, *Le droit médical*, Litec 1985, n°452, p. 296, selon qui la légitimité de l'art médical est subordonnée à « *l'intention thérapeutique, la raison proportionnée et le consentement* ».

¹²⁵⁹. S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. préc., n° 391.

¹²⁶⁰. V° notamment en ce sens, Civ., 29 nov. 1920, *D.* 1924, p. 103. - CA Paris, 1^{ère} ch., 14 septembre 1990, *D.* 1990, I. R., 221.

consentement du patient, en s'opposant strictement à l'acte projeté¹²⁶¹. Un même principe de proportionnalité trouve également à s'appliquer en matière de prélèvements d'éléments du corps humain à des fins thérapeutiques¹²⁶², mais également en matière d'expériences portant sur la personne humaine¹²⁶³ pratiquées sur le vivant. La loi dite « Huriet »¹²⁶⁴ en subordonne ainsi la validité à l'existence d'un effet bénéfique pour le « *cobaye* »¹²⁶⁵, ou *in extenso*, au regard de la contribution au développement de connaissances scientifiques ciblées que permet cette opération. Aussi le risque encouru ne doit-il pas être « *hors de proportion avec le bénéfice escompté* »¹²⁶⁶. Ensuite semble-t-il possible de considérer qu'en matière de prélèvements de produits humains, tel le prélèvement de sang, la limitation de la quantité prélevée ainsi que de la périodicité¹²⁶⁷ s'inscrivent également dans la continuité de cette nécessité d'une juste proportion de l'acte, ou de la série d'actes poursuivie. Aussi un prélèvement qui excéderait la normalité porterait-il une atteinte excessive à l'intégrité physique de la personne, tout comme des prélèvements dont la périodicité serait trop rapprochée. Enfin, ce sont les données à caractère personnel, telles celles biométriques, et plus précisément les prélèvements¹²⁶⁸ d'empreintes¹²⁶⁹ qui se trouvent de même soumises à un tel principe de proportionnalité.

¹²⁶¹. Certaines juridictions du fond ont ainsi pu exiger que le professionnel refuse l'opération envisagée, sous peine d'engager sa responsabilité : Paris, 1^{ère} ch., 13 janvier 1959, *JCP G*, 1959, II, n°11142, note R. SAVATIER.

¹²⁶². Ce principe, qui ne s'appliquait qu'aux seules greffes d'organes sous l'empire de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 (v° CSP, ancien, art. R. 665-80-8), a été étendu par l'effet de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 (JO 7 août). L'article L. 1211-6, alinéa 1^{er} du CSP, indique en effet que « *les éléments et produits du corps humain ne peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques si le risque mesurable en l'état des connaissances scientifiques et médicales couru par le receveur potentiel est supérieur à l'avantage escompté pour celui-ci* ».

¹²⁶³. La personne peut en effet « prêter » son corps à une expérimentation. V° notamment sur la question, S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Th. op. cit., n°248 et s.

¹²⁶⁴. Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. – CSP, art. L. 1121-1.

¹²⁶⁵. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, T. I, PUF, 21^{ème} éd., 2000, n°6.

¹²⁶⁶. CSP, art. L. 1121-2.

¹²⁶⁷. V° CSP, art. L. 1221-1 et s.

¹²⁶⁸. La conservation des données est elle-même conditionnée à une stricte proportion avec l'objectif poursuivi. CEDH, 4 déc. 2008, S. et Marper c/Royaume-Uni, aff. n° 30562/04 et n° 30566/04 ; sur cette décision, voir comm. C. GUERRIER, in *RLDI* 2010/56, n° 1874. Dans cette espèce, la Cour a considéré que « *le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* », impliquant que « *la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique* ». - Et plus récemment à propos du fichier automatisé des empreintes digitales, la France s'est vu condamnée par la Cour en ce qu'il recensait tant les empreintes des personnes condamnées, que celles des individus n'ayant été reconnu coupable d'aucune infraction : CEDH, 18 avr. 2013, M. K. c/ France, aff. N°19522/09.

¹²⁶⁹. La CNIL apprécie la proportion entre les procédés mis en œuvre pour la collecte et la finalité poursuivie par le traitement des données. Elle a ainsi notamment pu valider l'installation d'un système de contrôle biométrique destiné à sécuriser l'accès à l'imprimerie des sujets d'examen, aux salles fortes et salles d'archives, au regard de

L'article 6-3° de la loi du 6 juillet 1978 a en effet consacré le principe de la pertinence des données collectées, lequel requiert que celles-ci soient adéquates, pertinentes et non-excessives en considération de la finalité poursuivie. Cette règle a par ailleurs été reprise par l'article 6 de la directive communautaire de 1995, ainsi que par l'article 5 du RGPD, lequel a institué un principe de minimisation, impliquant que seules les données utiles à la finalité visée peuvent faire l'objet d'une collecte et d'un traitement. Ce principe de proportionnalité impose délimite ainsi strictement le champ des données pouvant être collectées, l'étendue de celui-ci étant dépendante de la finalité projetée par le traitement. Néanmoins, il requiert également que le responsable du traitement ne conserve les données de la personne concernée que le temps nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi. Et tant la jurisprudence que la CNIL¹²⁷⁰ veillent au strict respect de ce principe de proportionnalité.

Il apparaît ainsi clairement que l'application du principe de proportionnalité tend à garantir une protection effective de l'intégrité physique et morale de la personne, lesquelles ne peuvent être atteintes que si l'intérêt qui justifie qu'il en soit ainsi est proportionné au risque. À l'évidence, le juge qui aurait à constater l'existence de telles conventions pourrait parfaitement, alors même qu'elles n'ont pas été exécutées, ou qu'elles l'ont été simplement partiellement, faire obstacle à leur poursuite. Par le contrôle de l'équilibre des avantages et des risques ainsi instigué, c'est au-delà la protection de la partie qui contracte¹²⁷¹ relativement à l'un de ses attributs extrapatrimoniaux qui en sort renforcée, par la restriction du pouvoir des volontés ainsi réalisée.

la nécessité de sauvegarder la « *confidentialité des examens et concours* » : CNIL, 21^e rapport d'activité 2000, *Doc. fr.* 2001, p. 116. Inversement, lorsque la collecte des empreintes apparaît comme un mécanisme hors de toute proportion à l'égard du but poursuivi, la CNIL en conteste alors la légitimité. V° notamment en ce sens, CNIL, délib. n° 00-015, 21, mars 2000 ; CNIL, 21^e rapport d'activité 2000, *Doc. fr.* 2001, *op. cit.*, p. 110, dans laquelle s'est opposée à la collecte des empreintes digitales des personnels et élèves d'un collège destinée à faciliter l'accès à la cantine de l'établissement.

¹²⁷⁰. V° notamment l'affaire Acadomia dans laquelle la CNIL est venue préciser qu'une donnée n'est pertinente, et donc sa collecte proportionnée, que lorsqu'elle présente un lien direct et nécessaire avec la finalité pour laquelle elle est traitée par le responsable : CNIL, Délib. n° 2010-113 du 22 avril 2010.

¹²⁷¹. Sur la notion de disposition juridique, notamment celle « corporelle », v° notamment S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, *op. cit.*, n° 149-150.. L'auteur distingue la disposition matérielle constituée des actes de disposition que le sujet s'inflige personnellement, de celle juridique désignant les autorisations conférées à autrui de porter atteinte à son corps.

2. La modération judiciaire des contrats en droit des personnes

393. Les hypothèses d'intervention judiciaire. Le contrôle de l'intérêt du contractant dont un attribut extrapatrimonial participe de la matière d'un contrat ne s'arrête pas au pouvoir modulateur du juge, puisque celui-ci s'immisce également dans la relation conventionnelle lorsqu'un intérêt légitime l'exige afin de la corriger (2-1) ou de la réviser (2-2).

2-1. La correction judiciaire des contrats

394. L'ambivalence des intérêts protégés. Le juge veille en effet à ce que les intérêts légitimes du contractant vulnérable ne soient jamais obérés par l'effet d'un contrat, qu'ils soient d'ordre personnel (a) ou financier (b).

a. La protection judiciaire des intérêts personnels du contractant vulnérable

395. Les intérêts personnels du contractant vulnérable. S'agissant tout d'abord des intérêts d'ordre personnel, les hypothèses les plus topiques se dévoilent à l'égard des conventions afférentes à la capacité du contractant. Le juge peut en effet affaiblir la force obligatoire¹²⁷² de certains accords de volontés lorsque l'impératif de protection de la personne l'exige, confortant une fois de plus la supériorité de l'institutionnel sur l'autonomie individuelle. Néanmoins, l'un des rares terrains fertiles accueillant une telle immixtion est celui du mandat de protection future. Ainsi restrictivement cantonné, le pouvoir de révocation reconnu au juge ne saurait être général ; il est bien plutôt spécial et se justifie par la nécessité de ressusciter le régime légal des incapacités, lorsque la volonté du mandant apparaît contraire à ses intérêts. L'article 428 du Code civil prévoit ainsi qu'une mesure de protection judiciaire peut être ouverte dès lors que le mandat de protection future apparaît insuffisant à protéger les intérêts individuels du majeur. Néanmoins le pouvoir du juge se trouve subordonné à une demande en justice, ainsi qu'à la démonstration par le demandeur de l'insuffisante protection conférée par le mandat. Dans le même sens, l'article 483 alinéa 4 du même Code offre au juge la possibilité de révoquer l'accord, à la demande de tout intéressé, lorsque les conditions de

¹²⁷². L. AYNÈS, *Loi et contrat, Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, mars 2005.

l'article 425 ne sont pas réunies.¹²⁷³ Enfin, l'article 484 du même Code offre la possibilité à tout intéressé de saisir l'autorité judiciaire afin de contester l'opportunité de celui-ci.

b- La protection judiciaire des intérêts pécuniaires du contractant vulnérable

396. La sanction des actes lésionnaires. Traditionnellement, l'intangibilité du contrat résultant de la force obligatoire de l'acte, tirée elle-même du principe de l'autonomie de la volonté, s'oppose à ce qu'un déséquilibre en valeur des prestations soit corrigé par le juge¹²⁷⁴. Ce choix s'explique notamment par la volonté du législateur de préserver la sécurité juridique de l'accord. Celui-ci étant perçu comme un acte de prévision sur le futur, les parties doivent, lorsqu'elles s'engagent, être assurées de la stabilité et de la pérennité de celui-ci. Pourtant, le législateur accepte parfois de porter atteinte à ce sacro-saint principe au nom de la protection de la partie faible lorsqu'un déséquilibre substantiel apparaît. Le régime général des contrats contient en effet divers mécanismes de rétablissement judiciaire de l'équilibre contractuel, tel celui de la lésion¹²⁷⁵ ou celui de la réduction. C'est ainsi une « *sorte d'exception de disproportion* »¹²⁷⁶ qui se trouve consacrée, laquelle participe au rééquilibrage *in valorem* des prestations contractuelles. Sans doute peut-il apparaître difficile de déceler la présence sous-jacente de la dignité. Mais il a été démontré que l'argent confère à la personne les moyens de subvenir à son existence, et partant, de préserver sa dignité, de sorte qu'il n'y a manifestement rien d'incongru à évoquer ici le rééquilibrage objectif de l'équilibre financier de l'accord en faveur du contractant vulnérable.

À cet égard, divers mécanismes existent, dont le premier d'entre eux est la lésion¹²⁷⁷, laquelle est prévue par l'article 1149 du Code civil. Même si les rédacteurs de 1804 ont inséré cette disposition dans la partie du Code afférente au consentement, il convient toutefois de préciser qu'au regard de l'approche objective qui est retenue par la jurisprudence

¹²⁷³. Aussi le juge peut-il révoquer l'acte lorsque l'application du principe de subsidiarité conduit à faire prévaloir la priorité familiale offerte au conjoint, ou encore lorsqu'il aura été exécuté alors que le mandant ne se trouvait pas dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts du fait d'une altération de ses facultés personnelles.

¹²⁷⁴. C'est ainsi qu'en cours d'exécution de l'accord est rejeté en droit civil la théorie de l'imprévision : Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *D.* 1876, 1, p. 193, note A. GIBOULOT.

¹²⁷⁵. N. DION, Le juge et le désir du juste, *D.* 1999.195, spéc. n°3.

¹²⁷⁶. D. MAZEAUD, Droit des contrats : réforme à l'horizon !, *D.* 2014.291, spéc. n° 17.

¹²⁷⁷. L'extension de la lésion a pour corollaire la remise en cause du libéralisme économique : D. MAZEAUD, La lésion, *Rép. de droit civ.*, juin 2014, n°27 et s.

contemporaine, celle-ci est appréhendée comme un vice objectif¹²⁷⁸ indépendant de la catégorie des vices du consentement. C'est ainsi que la lésion est en elle-même une cause de rescision¹²⁷⁹ de l'acte, « *indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance* »¹²⁸⁰. Si l'excès manifeste du déséquilibre pécuniaire entre les parties impose et légitime certaines immixtions judiciaires dans le contrat, il n'en demeure pas moins que le législateur conditionne le contrôle ainsi opéré de l'équilibre des prestations à certaines personnes ou certaines conventions¹²⁸¹. Il est manifeste qu'un tel rééquilibrage ne doit pas être systématisé afin que la sécurité juridique des contractants placés sur un pied d'égalité soit préservée, mais doit au contraire profiter aux seuls contractants vulnérables afin que le contractant fort n'use ni n'abuse de sa supériorité en retirant de l'acte un avantage excessif.

397. L'hypothèse du majeur placé sous sauvegarde de justice. S'agissant tout d'abord des personnes protégées, un premier voile de protection est étendu à la personne du majeur placé sous sauvegarde de justice, l'article 435 alinéa 2¹²⁸² du Code civil disposant en effet que tous les actes passés ainsi que les engagements contractés par celui-ci pourront être rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils ne pourraient pas être annulés sur le fondement de l'article 414-1 du même Code. Sans doute l'accentuation de la vulnérabilité contractuelle du majeur protégé justifie-t-elle une telle différence d'appréciation. C'est ainsi tout d'abord le cas d'un acte lésionnaire qui est ici visé, celui-ci encourageant nécessairement la nullité puisque le législateur n'a nullement institué d'hypothèses de sauvetage. Plus précisément, contrairement à la lésion en matière de partage¹²⁸³ et de vente immobilière¹²⁸⁴, aucun complément de prix ne peut être acquitté afin de préserver l'effectivité de l'acte. La lésion

¹²⁷⁸. La lésion s'attache à la seule insuffisance du prix d'un des objets de l'acte : P. CHAUVEL, Contrats et obligations, La lésion, *Dr. et patr.* 2000-86, à propos de Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n°598-15.242, B. Deparis c/ Assurances mutuelles de France groupe « Azur ».

¹²⁷⁹. La rescision est une forme particulière de nullité relative et obéit, sauf dispositions particulières, à un régime identique : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, spéc. n° 317. Tout comme la nullité, elle est susceptible d'anéantir rétroactivement l'acte.

¹²⁸⁰. Cass. req. 28 décembre 1932, S. 1933, 1, p. 377 ; DP 1933, I, p. 87, rapp. DUMAS. C'est ainsi que la preuve d'une contrainte morale n'est pas nécessaire à l'action en rescision : V° Cass. req., 21 mars 1933, *DH* 1933, jur., p. 235.

¹²⁸¹. La bienveillance du droit positif à l'égard du mécanisme de la lésion traduit une nette progression de la justice commutative.

¹²⁸². Cet article est issu de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, qui a modifié la loi du 3 janvier 1968. V° notamment sur cette sanction, D. NOGUERO, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, 1^{ère} partie, *LPA* 23 déc. 2009, p. 6, et 2^{ème} partie, *LPA* 5 janv. 2010, p. 5.

¹²⁸³. C. civ., art. 891.

¹²⁸⁴. C. civ., art. 1681.

apparaît ici comme une mesure protégeant le contractant faible contre les tiers qui tireraient des avantages injustifiés de l'affaiblissement de ses capacités¹²⁸⁵. Ensuite, c'est le cas plus spécifique de l'acte excessif qui est envisagé dans la seconde partie de l'article. Alors que la lésion est appréciée au regard de chaque acte, indépendamment de la consistance globale du patrimoine du majeur, l'appréciation de l'acte excessif impose que soit prise en considération l'intégralité des ressources et des biens de celui-ci¹²⁸⁶. L'acte excessif est ainsi celui qui apparaît comme disproportionné à l'égard du patrimoine du majeur, celui-ci devant alors être réduit à de justes proportions¹²⁸⁷.

398. L'hypothèse du majeur placé sous curatelle et sous tutelle. Ce régime juridique est également applicable aux actes passés par les majeurs placés sous curatelle ou sous tutelle et qu'ils pouvaient accomplir sans l'assistance de leur curateur, ceux-ci pouvant ainsi faire l'objet d'une action en rescision ou en réduction en cas d'acte excessif¹²⁸⁸.

399. L'hypothèse du mineur non émancipé. Enfin, la lésion vise également à protéger certains actes accomplis par un mineur non émancipé puisqu'il est constant que celui-ci peut accomplir seul les actes de la vie courante, sous réserve toutefois de leur caractère lésionnaire¹²⁸⁹. L'annulation pour lésion est ainsi encourue dès lors que l'acte cause un préjudice au mineur¹²⁹⁰, puisque la possibilité de payer le complément du prix est également ici rejetée. Tout comme pour les actes passés par les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice, les juges apprécient la lésion au regard de l'utilité ou de l'inutilité subjective supposée de l'acte pour le mineur, et non au regard du déséquilibre objectif des prestations¹²⁹¹.

Si la lésion vise ainsi à protéger certains contractants faibles souffrant d'un défaut de capacité ou de discernement pour apprécier la portée réelle de leur engagement, celle-ci peut

¹²⁸⁵. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2005, spéc. n°1250.

¹²⁸⁶. La réduction permettant de sanctionner un acte excessif envisage ainsi « *l'ensemble des dépenses, et les réduits alors même que le prix payé ne serait pas exagéré pour chaque fourniture* » : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, LGDJ, 1925, spéc. n°291.

¹²⁸⁷. Il convient de noter que tant à l'égard de la lésion que de l'acte excessif, les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain. V° notamment, Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1989, *Defrénois* 1989, art. 34624, obs. J. MASSIP.

¹²⁸⁸. V° les articles 435 et 465-1° du Code civil.

¹²⁸⁹. C. civ., art. 1149.

¹²⁹⁰. En ce sens, Cass. civ. 18 juin 1844, n° 1844-1-123 et 1844-1.497. - Cass. 1^{ère} civ., 4 novembre 1970, n°69-12.788, *Bull. civ. I*, n°294, *D.* 1971, jur., p. 186 ; *JCP G* 1971, II, n°16631.

¹²⁹¹. M. GRIMALDI, L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, in *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, p. 107.

également avoir pour objectif de sanctionner le déséquilibre pouvant se révéler lors de l'exécution de certains contrats dans lesquels l'une des parties serait à-même d'imposer un prix dérisoire à son partenaire en raison de sa supériorité économique.

400. L'hypothèse des cessions de droits d'auteur. Tel est notamment le cas en matière de droit d'auteur. C'est ainsi que pour les hypothèses de cessions avec rémunération forfaitaire du créateur, l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes, dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat* ». Sont ici introduits deux mécanismes portant atteinte à l'intangibilité du contrat impliquant que le juge puisse en modifier la substance : celui de la lésion¹²⁹² et celui de l'imprévision.¹²⁹³ L'alinéa 3 de ce texte précise que la lésion doit être « *appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé* »¹²⁹⁴. Aussi, même s'il est traditionnellement légion que la lésion s'apprécie au jour de la conclusion de l'acte litigieux¹²⁹⁵, il ressort de ce texte qu'en matière de droit d'auteur, les éléments postérieurs doivent nécessairement être pris en considération dans l'appréciation de l'absence de commutativité. Enfin, le rééquilibrage de l'accord peut également résulter de la réduction judiciaire des clauses pénales s'agissant des contrats de cession du droit d'auteur¹²⁹⁶.

401. L'impossible rescision des contrats aléatoires. Si l'équilibre *in valorem* des prestations tend à être garanti objectivement, il importe toutefois de préciser qu'une telle compensation ne peut toutefois intervenir dans les contrats aléatoires. Il est en effet traditionnellement affirmé que l'aléa chasse la lésion¹²⁹⁷, de sorte qu'ici l'équilibre du contrat, que ce soit en cours d'exécution, ou a posteriori, ne peut être assuré par le pouvoir judiciaire.

¹²⁹². Sur la refaçon du contrat afférent au droit moral de l'auteur : Cass. 1^{ère} civ., 16 juil. 1998, *D.* 1999, jurispr. p. 306, note C. DREYER, confirmant CA Paris, 13 oct. 1995, *D.* 1996, somm. p. 76, obs. Th. HASSLER. – *Adde*, S. JACQUIER, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001, n° 711.

¹²⁹³. P.-Y. GAUTIER, Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques, *D.* 1990, chron. 130. – *Adde*, MATTHYSSENS, Sanction de la lésion dans les contrats relatifs au droit d'auteur, *RIDA* 1959.73 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 2013, pp. 391-392.

¹²⁹⁴. Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2007, n° 06-15.863, *Bull. civ.* I, n°234 ; *Rev. Lamy droit de l'immatériel*, 2007.30, qui écarte la révision du forfait d'une œuvre musicale qui n'avait engendré aucun produit au profit de la société acquéreuse.

¹²⁹⁵. Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2001, n°99-13.666.

¹²⁹⁶. CA Lyon, 25 avr. 1989, *D.* 1989, inf. rap., p. 294.

¹²⁹⁷. La formule est attribuée à Pothier. V° sur ce point, F. TERRÉ, L'aléa chasse la lésion. – Après la lésion, le contrat aléatoire, *La Semaine Juridique, Ed. gén.* n° 47, 16 nov. 2009, 464. *Adde* sur le sujet, Ph. SIMLER, *J.-Cl. civil Code*, V° Synthèse 1270, Contrats aléatoires.

L'article 1104 ancien¹²⁹⁸, après un renvoi à l'alinéa 1^{er} aux contrats commutatifs, réfère en son alinéa 2 aux contrats aléatoires¹²⁹⁹. De même l'article 1164 ancien, définissait-il le contrat aléatoire comme une « *convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain* ». Ces deux dispositions ont été abrogées par la réforme de février 2016, et prennent désormais corps dans un article 1108 unique aux termes duquel le contrat est aléatoire dès lors que « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un évènement incertain* ».

C'est ainsi que, répondant ici aussi au droit commun des obligations, le bail à nourriture, contrat par essence aléatoire dès lors que la durée des prestations est dépendante de celle de la vie du créancier et que l'étendue de ce qui sera fourni en soins, aliments ou autre, ne peut à l'évidence être connue lors de la formation de l'acte, échappe donc à toute possibilité de rescision pour lésion¹³⁰⁰, ainsi qu'à l'application de toutes les règles y afférent¹³⁰¹. Aussi une telle acception justifie-t-elle par exemple que la vente d'immeuble ayant pour contrepartie un bail à nourriture ne pourra faire l'objet d'une telle action¹³⁰².

2-2. La révision judiciaire des contrats

402. La conversion du bail à nourriture en rente viagère. En revanche, lorsque l'exécution du bail à nourriture devient, consécutivement à une dégradation des relations entre le bailleur et le preneur, difficilement exécutable, aux obligations en nature définies dans le contrat peut être substituée¹³⁰³ une obligation en argent destinée à satisfaire les besoins du

¹²⁹⁸. Il définissait les contrats aléatoires comme ceux dans lesquels « *l'équivalent pour les parties consiste dans la chance d'un gain ou de perte en raison d'un évènement incertain* ».

¹²⁹⁹. Sur la distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires, v° notamment : F. GRUA, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, *RTD civ.* 1983, p. 263 et s.

¹³⁰⁰. Cass. req., 6 mai 1946, *D.* 1946, jur., p. 287.

¹³⁰¹. Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 1998, n° 97-11.541, *Bull. civ.* II, n° 256, Defrénois 1999, art. 37039, 1^{ère} esp., obs. Y. DAGORNE-LABBÉE, *D.* 1999, I.R., p. 36.

¹³⁰². Cass. req. 6 mai 1946, *D.* 1946. 287 ; *RTD civ.* 1946. 324, obs. J. CARBONNIER.

¹³⁰³. Il ne s'agit pas d'une novation du contrat par changement d'objet, mais bien plutôt une sorte de révision du contrat par substitution d'un mode d'exécution davantage conforme aux circonstances entourant l'exécution de l'acte, lesquelles sont par nature évolutives. V° sur ce point : Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1959, *Bull. civ.* 1959, I, n° 38 ; *RTD civ.* 1960, p. 132, obs. J. CARBONNIER. – Cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 69 ; *RTD civ.* 1990, p. 698, obs. PATARIN.

créancier¹³⁰⁴. Il s'agit ici en quelque sorte d'opérer une révision judiciaire du contrat, par la substitution d'un paiement en capital fractionné à périodes fixes¹³⁰⁵, afin de prévenir l'inexécution du contrat par le débiteur, laquelle pourrait impacter négativement l'intégrité de la personne du créancier. La mise en œuvre d'un tel mécanisme doit être sollicitée par le preneur¹³⁰⁶, lequel doit nécessairement caractériser un motif légitime¹³⁰⁷, de sorte que la conversion de pure convenance semble devoir être exclue. S'agissant de l'appréciation d'une question de fait, l'opportunité d'une telle conversion demeure soumise au pouvoir souverain des juges du fond¹³⁰⁸. Et celle-ci se heurte à la difficulté de maintenir l'équivalence des prestations. Plus précisément l'obligation en argent qui est substituée doit être égale¹³⁰⁹ à celles en nature qui prévalaient avant.

Les pouvoirs du juge à l'égard des contrats en droit des personnes ne sont ainsi pas toujours dérogatoires au régime général puisque les moyens offerts par celui-ci semblent en bien des hypothèses suffisants à assurer la protection de la vulnérabilité du contractant faible. Sans doute les évolutions récentes confortent-elles une telle analyse, puisque la correction des inégalités contractuelles est une constante en expansion depuis plusieurs années maintenant. En somme, l'ingérence objective du juge dans le contrat participe ainsi à en assurer la juste mesure, et corrobore au-delà l'impossible adéquation permanente des volontés pures et autonomes avec les intérêts légitimes des cocontractants et celui de la société.

¹³⁰⁴. Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 1950, *Gaz. Pal.* 1951, 1, p. 132 ; *RTD civ.* 1951, p. 269, obs. J. CARBONNIER. – Cass. 1^{ère} civ., 8 janv. 1980, I, n° 15, *Defrénois* 1980, art. 32448, p. 1282, note J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1980, p. 781, obs. G. CORNU ; *D.* 1983, p. 307, note crit. CARREAU.

¹³⁰⁵. Sur ce mécanisme, v° notamment, V. PERRUCHOT-TREBOULET, *Rép. de droit. civ.*, 2007, v° Bail à nourriture, n° 84 et s.

¹³⁰⁶. Sur une possible saisine d'office du juge, v° notamment : Cass. 1^{ère} civ., 21 avr. 1976, préc.

¹³⁰⁷. CA Limoges, 16 févr. 2011, ch. civ., RG n° 10/00206.

¹³⁰⁸. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1965, *JurisData* n° 1965-000155.

¹³⁰⁹. CA Poitiers, 29 oct. 1980, *JurisData* n° 1980-080415 et n° 1980-080491.

SECTION 2. LA RÉGULATION OBJECTIVE DE L'EFFET

RELATIF DES CONTRATS

403. *Alteri stipulari nemo potest.* Traditionnellement, les parties ne peuvent convenir d'une convention que sur un objet dont elles ont la maîtrise. En somme, il n'est pas possible de transférer un droit réel appartenant à autrui, ou encore instituer une représentation d'autrui par contrat. Or, une telle acception est d'autant plus vérifiable en droit des personnes que l'attribut extrapatrimonial d'un des contractants participe du contenu de l'acte, et qu'il ne saurait être fait échec au lien indéfectible existant entre la personne et celui-ci, sauf à ce que soit contredite sa dignité. Est ainsi énoncée l'interdiction d'étendre les effets d'un contrat à un tiers laquelle requiert que soient analysées les spécificités inhérentes à son opposabilité (§ I) et sa cessibilité (§ II).

§ I. L'OPPOSABILITÉ DES CONTRATS

404. Le respect du contrat et de l'intégrité morale de la personne. L'article 1199 du code civil dispose que « *le contrat ne crée d'obligation qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du livre IV* ». Autrement dit, entendu ainsi, un contrat ne saurait atteindre une personne autre que les cocontractants, de même qu'aucun tiers ne saurait revendiquer les effets de celui-ci¹³¹⁰. Telle est la règle de droit commun à laquelle les conventions en droit des personnes se conforment largement, sans doute encore plus qu'ailleurs en raison du caractère éminemment personnel de l'obligation du contractant vulnérable.

¹³¹⁰. V° notamment CA Paris, 15 mai 1970, *D.* 1970. 466, *concl.* CABANNES, note P.-A. et H.-M.- Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1977, *C. Deneuve*, *D.* 1977. I. R. 316.

C'est ainsi notamment que les contrats portant sur un attribut de la personnalité se trouvent asservis à ce principe de l'effet relatif. Aussi par exemple l'image d'une personne dénudée ne peut-elle être redivulguée sur un site internet qu'avec le consentement exprès de celle-ci¹³¹¹. Une telle solution s'explique aisément en la matière dès lors qu'entre en jeu le droit à l'image du titulaire. Plus précisément, le respect de son intégrité morale justifie-t-il qu'un tiers ne puisse se prévaloir de l'attribut sans que le titulaire y accède. Aussi, alors que l'individu doit nécessairement consentir à toute reproduction et utilisation de son image, il a notamment été considéré aux motifs de l'article 1165 ancien du code civil¹³¹², qu'un contrat conclu avec un organe de presse n'autorise nullement un tiers à exploiter le cliché objet du contrat, dans d'autres médias sans qu'un nouvel accord ne soit formalisé¹³¹³. Le même principe est à l'évidence applicable aux autres éléments d'identification¹³¹⁴, tels la voix, le nom, les éléments d'intimité dès lors qu'ils suivent le même régime juridique, ou encore au droit moral de l'auteur¹³¹⁵.

§ II. LA CESSIBILITÉ DES CONTRATS

405. Les droits des tiers et le consentement du contractant. Si le principe de l'effet relatif fait donc ainsi obstacle à ce qu'un tiers puisse se prévaloir de l'usage d'un attribut extrapatrimonial objet d'un contrat sans que le titulaire y consente, il importe néanmoins de s'interroger sur une telle possibilité lorsque la personne y accéderait. Plus précisément convient-il de déterminer si une certaine cessibilité des contrats en droit des personnes existe (A), et le cas échéant, quelles sont les conditions utiles à sa mise en œuvre. (B).

¹³¹¹. V° par ex., TGI Paris, 30 juin 1997, *Légipresse* 1998, n° 152, I, p. 67.

¹³¹². Cet article, abrogé par la réforme de février 2016, disposait que : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121* ».

¹³¹³. Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2000, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 2001, p. 952, note M. BILLIAU et J. MOURY ; JCP G 2001, I, 338, n° 6, obs. G. VINEY.

¹³¹⁴. Il en va de même des éléments d'identification lorsqu'ils sont appréhendés en tant que données à caractère personnel.

¹³¹⁵. C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, Th. dactyl. Paris I, préc., p. 447 et s.

A. La délimitation des hypothèses de cession des contrats

406. Une délimitation à l'aune du caractère *intuitu personae* du contrat. Reconnaître une certaine cessibilité du contrat, c'est admettre qu'un tiers puisse se prévaloir du contrat initial. Mais comment raisonnablement admettre qu'en toutes hypothèses une telle faculté réponde aux intérêts du contractant ainsi qu'à son souhait, dès lors qu'en droit des personnes la qualité du partenaire contractuel semble en bien des hypothèses déterminante ? Il est vrai que le caractère *intuitu personae* du contrat semble être un obstacle qui ne saurait être franchi (1). Mais c'est bien vite oublier qu'aucun bastion n'est en ce champ juridique, inviolable (2).

1. Le caractère *intuitu personae* des contrats a priori exclusif de toute cessibilité

407. La définition de l'*intuitu personae*. La notion¹³¹⁶ d'*intuitu personae* ne figure pas expressément dans le code civil, mais elle en transparaît en revanche en filigrane de certaines de ses dispositions telle celle prévoyant que « *l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* »¹³¹⁷. Aussi une convention *intuitu personae* s'entend-elle comme celle dans laquelle « *la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle [...] en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc* »¹³¹⁸. Si la prise en compte de la qualité du partenaire contractuel est traditionnellement exclue, l'existence de contrats *intuitu personae* ne serait en rien contraire au régime général dès lors que d'aucuns y décèlent l'une des traductions formelles de la liberté contractuelle puisqu'elle permet aux parties de « *modeler le contrat à leur guise, étant sauves les prescriptions d'ordre public* »¹³¹⁹. Et l'acception est d'autant plus pertinente que le droit objectif s'attache désormais sensiblement à la qualité du contractant pour lui reconnaître certains droits. Encore qu'en cette dernière hypothèse, la personnalité de la partie importe au pouvoir institutionnel et non au partenaire contractuel. Il

¹³¹⁶. Sur celle-ci, v° notamment, F. VALLEUR, *L'intuitu personae dans les contrats*, Thèse Paris, 1938 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats*, Thèse Paris II, 1974 ; G. KOSTIC, *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, Thèse Paris V, 1997, J. HUET (dir.) ; D. KRAJESKI, *L'intuitu personae dans les contrats*, Thèse Toulouse, 1998, Ph. LE TOURNEAU (dir.).

¹³¹⁷. C. civ., art. 1134.

¹³¹⁸. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Intuitu personae, PUF, 2007.

¹³¹⁹. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, 2012, V° Contrat « intuitu personae », Fasc. 200, *op. cit.* n° 4.

est néanmoins une certitude : celle de l'existence de conventions dont la conclusion est motivée par une spécificité individuelle.

408. Le caractère *intuitu personae* présumé des contrats portant sur un attribut extrapatrimonial de la personne. S'il incombe traditionnellement à la personne qui revendique une telle particularité d'en rapporter la preuve¹³²⁰, les contrats à titre gratuit ainsi que ceux comportant une prestation personnelle d'ordre intellectuel ou dépendant d'un savoir-faire ou de compétences personnelles sont présumés avoir été conclus *intuitu personae* sauf preuve contraire¹³²¹. À l'évidence telle est bien souvent la perspective consensuelle décelable en droit des personnes. Tout comme en droit de la consommation, la qualité des contractants est bien souvent ici prise en considération pour compenser l'asymétrie conventionnelle. Néanmoins, à cet *intuitu personae* institué par le législateur, s'ajoute un *intuitu personae* contractuel¹³²² dès lors qu'un contractant s'engage en considération de la personne de son partenaire. Nombreuses sont en effet les conventions dans lesquelles ces deux ordres distincts cohabitent, comme par exemple en matière de droits de la personnalité, ou s'agissant également du mandat de protection future, du bail à nourriture, ou encore du contrat médical. Bien souvent ainsi la personne du débiteur de l'obligation a été déterminante dans la conclusion de l'acte pour le créancier, le premier ayant été choisi par le second au regard de ses compétences, de sa notoriété, ou simplement en raison de sa personnalité et des liens qu'il peut entretenir avec lui. Il est aussi des hypothèses conventionnelles dans lesquelles la qualité des deux contractants importe, comme par exemple lorsqu'une personne accepte de publier un ouvrage chez un éditeur dont elle reconnaît la réputation, lequel éditeur acceptera de publier ledit ouvrage en raison des compétences ou de la notoriété de l'auteur. C'est plus largement le cas des contrats en propriété intellectuelle, tels les contrats d'édition, ceux de marque et de licence¹³²³. Dans ces conventions, l'*intuitu personae* est alors bilatéral car il intéresse « *la structure même de l'obligation* »¹³²⁴. À la lecture du droit positif il n'y a rien de déraisonnable à supposer que

¹³²⁰. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, 2012, V° Contrat « *intuitu personae* », Fasc. 200, n° 3.

¹³²¹. Cass. com., 10 juil. 1989, *Dr. inf. et tél.* 1993, n° 1, p. 26, obs. J. H. – *Adde* Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, *ibid.*

¹³²². Pour une distinction entre les deux ordres de l'*intuitu personae* : Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, *ibid.*

¹³²³. Sur le sujet : H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1966, n° 589 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2010, n° 424 et 426 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7^{ème} éd., 2010, n° 368.

¹³²⁴. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, 2012, *op. cit.*, n° 36.

l'intuitu personae participe alors de l'essence des contrats en droit des personnes dès lors qu'ils portent sur un attribut extrapatrimonial. En tout cas en est-il ainsi chaque fois que la personne du contractant constitue la matière même de la convention¹³²⁵ ou lorsqu'elle en est la cause, comme elle peut l'être s'agissant du mandat de protection future ou des prélèvements d'organes sur un mineur non émancipé.

Si la considération de la personne du contractant est ainsi parfois déterminante, ce peut être aussi parfois celle d'un groupe, d'une catégorie de personnes qui ne sont pourtant pas parties à l'accord. Telle est la perspective s'agissant du don de sperme et de sang, et plus largement du don de matériaux humains, réalisés en considérations respectives des couples dans l'incapacité de procréer sans recours à un tiers donneur, et des personnes ayant besoin de matériaux humains¹³²⁶.

En somme, dès lors que la qualité de la personne forme la matière ou la cause même de l'obligation, l'impossibilité d'exécuter l'acte semble devoir entraîner *ipso facto* sa résiliation¹³²⁷, et non permettre une quelconque substitution de contractant. Au-delà, est-il déraisonnable de supposer que le respect de l'intégrité physique et morale du contractant dont l'attribut extrapatrimonial participe de la matière du contrat serait de nature à justifier que les contrats *intuitu personae* qu'accueillent le droit des personnes soient nécessairement exclusifs de toute possibilité de cession, à tout le moins en l'absence d'accord exprès ? Il est vrai qu'il est difficilement soutenable qu'un médecin choisi par le patient pour pratiquer un acte médical puisse alors se substituer un confrère dans la réalisation de celui-ci sans l'accord exprès de ce patient, sans qu'il ne soit contrevenu au principe d'inviolabilité du corps humain. Aussi référer au caractère *intuitu personae* d'un contrat ne relève-t-il pas simplement de la description, puisque cette spécificité a vocation à être également prescriptive, dès lors que certaines spécificités de régime en résultent, telle notamment l'exécution personnelle de la prestation contractuelle.

Certains auteurs entraperçoivent ainsi dans *l'intuitu personae* la traduction pratique de ce que le contrat n'est pas un bien, mais qu'il est au contraire un lien entre deux ou plusieurs personnes, de sorte que toute cessibilité doit être nécessairement rejetée¹³²⁸. Si la première

¹³²⁵. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 35.

¹³²⁶. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 49.

¹³²⁷. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 89.

¹³²⁸. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 79.

partie de l'affirmation ne peut être raisonnablement pourfendue, il n'en va pas de même de l'exclusion radicale de toute possibilité de cession du contrat *intuitu personae*.

2. Le caractère *intuitu personae* des contrats possiblement non-exclusif de toute cessibilité¹³²⁹

409. La prévision *ab initio* de la cession du contrat. Le droit commun du mandat tel que résultant de l'article 1994 du code civil prévoit que le mandataire peut se substituer un tiers dans l'accomplissement de son mandat dès lors qu'il ne représente que les intérêts du mandant, et que la considération de la personne vise simplement ici à l'effectivité de l'exécution de la prestation. En revanche, dans le mandat de protection future, elle semble référer à la qualité même de l'exécution¹³³⁰, l'acceptation pouvant par ailleurs raisonnablement être étendue aux contrats portant sur un droit de la personnalité, à la relation patient-médecin, ou encore au bail à nourriture. Or, dans ces hypothèses, toute substitution d'un tiers semble devoir être proscrite. Il semble pourtant possible, *ab initio*, de contourner cette rigueur, par exemple en prévoyant une clause d'agrément¹³³¹ par laquelle suivant une procédure déterminée les parties pourraient convenir d'une telle cessibilité de l'obligation de l'un des contractants.

410. La cession du contrat tolérée jurisprudentiellement. Plus largement, en dehors de toute stipulation conventionnelle originelle, il semble que le consentement du contractant cédé soit suffisant à emporter la cession de l'acte, dès lors que la jurisprudence refuse de déceler dans le caractère *intuitu personae* d'un contrat une entrave absolue à sa cession¹³³².

¹³²⁹. L. AYNÈS, *La cession de contrat*, préf. Ph. MALAURIE, Economica, 1984.

¹³³⁰. Sur la distinction entre les deux motifs de considération : v° notamment Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 71 et 72.

¹³³¹. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 73.

¹³³². Cass. com. 7 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 3, C. C. C., 1992, n° 110, note L. LEVENEUR ; *D.* 1992, somm. p. 278, obs. L. AYNÈS ; *JCP G* 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. JAMIN ; *RTD civ.* 1992.762, obs. J. MESTRE. La cour a ainsi considéré que « *le fait que le contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti* ».

B. Les conditions de réalisation de la cession du contrat

411. La traduction du principe de liberté contractuelle. Tout est en effet question de mesure dès lors qu'il importe que la personne du contractant soit substituable pour que la cession de l'acte puisse prospérer sous couvert d'accord du créancier. Par exemple, a été jugé que tel n'était pas le cas s'agissant d'un bail à nourriture¹³³³ dès lors que le choix du contractant l'a été conformément à des besoins spécifiques du créancier, et qu'une substitution de débiteur pourrait alors avoir pour effet d'y contrevenir. Sans doute l'analyse doit-elle être la même à l'égard du mandat de protection future puisque l'exécution de la prestation ne peut alors être accomplie par un tiers, celle-ci étant ici intimement personnelle¹³³⁴. En somme, dans de telles hypothèses, « *l'exécution personnelle du débiteur est entrée dans le champ contractuel, a été intégrée dans l'objet du contrat, a été déterminante* »¹³³⁵, et ne saurait dès lors souffrir d'une quelconque substitution, tant la considération de la personne est ici essentielle¹³³⁶. Le débiteur doit donc exécuter personnellement la prestation promise sauf si le créancier consent à ce qu'une cession soit opérée¹³³⁷. Plus précisément l'accord du créancier est-il de nature à faire obstacle à la rigueur de l'*intuitu personae* puisqu'il peut parfaitement accepter qu'un tiers soit substitué dans l'exécution de la prestation à son débiteur initial. De même, il n'y a rien d'incongru à supposer que lorsque la prestation peut parfaitement être accomplie, dans des conditions identiques et selon les mêmes caractéristiques, par un tiers, le contrat puisse aussi accueillir une cession lorsque le débiteur est dans l'impossibilité de s'exécuter personnellement, et que le créancier y accède. Tel sera le cas par exemple du contrat médical lorsque le patient y consent¹³³⁸. Il n'y a cependant là qu'une simple application du principe de liberté contractuelle et donc du régime général, le consentement du créancier constituant ici le fait justificatif de la cession et participant à garantir le respect de son intégrité.

¹³³³. Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹³³⁴. Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2002, n° 99-20. 762, *Bull. civ.* I, n° 306 ; *RTD civ.* 2003. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹³³⁵. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, J.-Cl. Contrats – Distribution, 2012, *op. cit.*, n° 69.

¹³³⁶. Cass. soc., 9 févr. 1961, *Bull. civ.* IV, n° 185, *D.* 1961. 255.

¹³³⁷. V° pour le bail à nourriture : Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1959, *Bull. civ.* I, n° 39 ; *Gaz. Pal.* 1959. 1. 182.

¹³³⁸. Sur le sujet, v° F. BESSA, *L'extensibilité du contrat médical à un tiers : essai sur la substitution du débiteur de soins*, Thèse Lyon 3, 2010, F. VIALLA (dir.).

412. Conclusion de Chapitre. L'analyse de la phase d'exécution des contrats en droit des personnes témoigne certes de certaines spécificités induites par l'objectif de protection du contractant dont l'attribut extrapatrimonial participe du contenu de l'acte, mais ne révèle cependant aucun schisme avec le régime général.

413. Le concours du droit objectif à la protection de la personne dont l'attribut extrapatrimonial constitue la matière de l'acte. Traditionnellement, la force obligatoire du contrat en fait un lien unissant quasiment indéfectiblement les parties et s'imposant au juge sans considération aucune. Néanmoins, a été constaté en droit des personnes un certain assouplissement de la force obligatoire de l'acte chaque fois que la protection des intérêts légitimes du contractant vulnérable le justifiait. Il importe en effet que la personne n'obère jamais son incommensurabilité humaine et qu'elle ne s'engage en toute déraison dans un accord qui aurait pour effet de contrevenir à ses intérêts extrapatrimoniaux ou, moins radicalement, à ses intérêts patrimoniaux, lesquels participent tous deux de sa dignité. Or, selon cette perspective, le juge apparaît comme le gardien de l'architecture contractuelle, et plus spécialement de la justice et de l'équilibre de l'acte chaque fois qu'il y va de l'intérêt du contractant faible. Il est toutefois assez singulier de constater qu'en droit des personnes particulièrement, si le contrôle du juge porte non seulement sur les conditions de droit commun de validité des contrats, il est également amené à porter un jugement de fond sur le caractère raisonnable et juste de l'accord. Mais n'y-aurait-t-il pas quelques craintes légitimes à constater un pouvoir d'intervention judiciaire sans cesse croissant ? D'aucuns objecteront que le contrat est le domaine réservé des parties, et que le juge doit nécessairement se situer en dehors de celui-ci, pour ne se conformer qu'aux seules prescriptions contractuelles. Pourtant il semble bien qu'en raison de la prolifération des relations contractuelles asymétriques et du risque potentiel qui en résulte pour la dignité de la personne, qu'il importe qu'un compromis soit opéré entre un dirigisme exacerbé et un libéralisme pléthorique¹³³⁹. C'est ainsi un contrôle judiciaire à la marge qui est prôné confortant au-delà le principe d'intangibilité du contrat, même si celui-ci ne saurait être absolu¹³⁴⁰ lorsque les intérêts supérieurs du contractant vulnérable commande qu'il y soit fait échec. Aussi l'intervention du juge ne doit-elle pas ruiner la sécurité juridique

¹³³⁹. Le phénomène de contractualisation du droit invite ainsi les juristes « à reconsidérer le concept même de contrat et s'émanciper de la figure contractuelle dessinée par le Code civil. » : S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, préc., spéc. p. 5.

¹³⁴⁰. Néanmoins, suivant la dichotomie opérée par Pascal Ancel entre la force obligatoire et le contenu obligationnel, la norme et la teneur, les différentes intrusions judiciaires dans le contrat ne sauraient être considérées comme portant atteinte à la force obligatoire de l'acte, seul le contenu obligationnel étant enrichi ou modifié.

sans laquelle le contrat, instrument privilégié de maîtrise du futur, serait amputé de son efficacité. Mais à l'inverse le contrat ne doit pas non plus être détaché de toute tutelle judiciaire sauf à supporter le risque intolérable qu'il soit contrevenu à la dignité du contractant vulnérable.

414. Le complément du droit commun par le droit spécial. Et il a été démontré que cette bienveillance institutionnelle ne procédait que d'une simple adaptation du droit commun. Bien d'autres champs juridiques accueillent en effet les mêmes spécificités que le droit des personnes. Sans doute de manière réflexive est-il possible de référer au droit de la consommation ou au droit du travail, lesquels connaissent une même orientation de régime destinée à pallier la vulnérabilité du contractant faible. Faculté de retrait, contrôle judiciaire de l'équilibre et de l'intérêt de la prestation sont autant de spécificités caractéristiques des contrats en droit des personnes qui témoignent, sans qu'il ne soit besoin d'alourdir exagérément ici l'énumération, de l'orientation contemporaine de la rhétorique contractuelle, soit de sa subjectivisation. Enfin l'analyse de leurs effets implique-t-elle également que ces accords ne soient pas regardés comme de simples excentricités juridiques puisque les contrats en droit des personnes demeurent opposables aux seules parties et peuvent être cédés, comme bien d'autres conventions, sous la seule condition du respect de la personne du contractant faible.

415. Conclusion de Titre. Il a été démontré précédemment que le déploiement des droits subjectifs en droit des personnes avait pour support et mesure le droit objectif lequel déploie ses effets par le prisme du principe de dignité. Encore ne faudrait-il pas croire qu'une telle interférence entre le consensuel et l'institutionnel soustrait nécessairement radicalement les contrats du champ du droit commun. Il importe en effet de constater qu'il offre de nombreux mécanismes participant également à cet impératif, même si, au regard de la particularité des relations, celui-ci doit parfois être assoupli ou complété par différentes dispositions spéciales lesquelles contribuent au-delà à éclairer la théorie générale du contrat d'un jour nouveau.

416. Une œuvre de compromis. L'étude des contrats en droit des personnes a ainsi révélé qu'ils ne sont ni totalement détachés du droit commun, ni ne peuvent en tous points y être assimilés. La nuance tient à la variabilité du degré de vulnérabilité du contractant faible ainsi qu'à la nature des intérêts qui doivent être sauvegardés. En somme, là où l'accord ne présente aucun danger spécifique pour la personne ou l'intérêt général, le droit commun apparaît suffisant à assurer la justice contractuelle de l'acte et sa conformité aux différents

intérêts légitimes en cause, et notamment la dignité humaine. En revanche, l'hypothèse inverse entraîne à l'évidence dans son sillage un corpus de règles complétant, voire parfois se substituant, au régime général afin que soit préservé cet impératif supérieur. Mais les dérogations constatées, tant au stade de la formation que de la phase d'exécution de l'acte ne sont en rien radicales et confirment l'acception retenue de la force des volontés contractuelles, et plus spécialement la consubstantialité de l'étendue de leur pouvoir à la prégnance de l'ordre public.

En somme, dès lors que les différents intérêts catégoriels sont suffisamment pourvus par le régime général rien ne justifie qu'une règle spéciale vienne l'évincer. En revanche, dans le cas contraire, le droit spécial vient alors au soutien du droit commun en canalisant les volontés contractuelles et les effets qui en découlent dans un sens conforme à l'objectif de protection du contractant vulnérable. Aussi convient-il de dépasser l'écueil suivant lequel il n'existerait qu'un seul contrat en général¹³⁴¹. Bien évidemment existent des règles générales, applicables à tout contrat. Mais en raison de la spécificité inhérente à certains d'entre eux, des règles spéciales viennent compléter ou assouplir celles du droit commun, certaines d'entre elles étant parfois même intégrées à la théorie générale par l'effet du temps.

417. Enrichissement de la théorie générale. Il semble ainsi bien plutôt que les règles spéciales aient vocation à enrichir la théorie générale, tout en permettant son adaptation à l'extension du phénomène contractuel contemporain. Il y a donc nécessairement une interaction entre ces deux corpus normatifs, lesquels, considérés ensemble, forment alors les deux faces d'un ensemble plus vaste : l'ordre contractuel. Les contrats en droit des personnes participent ainsi à ce processus d'enrichissement et illustrent le fait suivant lequel le Code civil n'est plus suffisant pour « *borner la matière* »¹³⁴² contractuelle en son ensemble.

¹³⁴¹. J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit civil : Contrats spéciaux*, préc., p. 4.

¹³⁴². J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit civil : Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 4, p. 3.

418. Conclusion de Partie II. Alors que la genèse de l'amenuisement de l'humanisme est récente, ses effets semblaient inéluctablement devoir être accentués par le phénomène de contractualisation en droit des personnes. Pourtant l'analyse de ses catalyseurs a permis que soient tempérées les craintes, même les plus légitimes, d'un avenir funeste de la condition humaine. Il est vrai que la vision anthropocentriste de ce champ juridique continue encore d'être exaltée par le truchement du principe de dignité. Par une appréhension quasi gnostique de la personne, la dignité ressort en effet comme la boussole qui permet que la contractualisation en droit des personnes soit orientée vers le cap de l'objectif kantien selon lequel celle-ci doit en toutes hypothèses être traitée comme une fin, mieux encore, comme la fin du droit. La dignité est ainsi un concept fonctionnel permettant une progression axiologique du droit des personnes, mais également des contrats susceptibles de s'y déployer par l'affirmation d'un certain degré d'humanisme. Elle est ainsi négativement l'ultime borne que ne saurait franchir les volontés contractuelles sauf à ce que soit contredit le respect dû à la personne humaine ; et positivement, elle est alors le socle sur lequel s'érige l'ordre public de protection destiné à compenser l'asymétrie conventionnelle.

419. La diffusion de l'ordre public de direction par le prisme du principe de dignité humaine. Si la dignité apparaît ainsi désormais comme la « *bonne à tout faire* »¹³⁴³ du pouvoir institutionnel, il n'en demeure pas moins que le versant négatif qu'elle dévoile constitue un terrain fertile sur lequel croissent différentes prohibitions qui constituent autant d'obstacles que les volontés contractuelles ne sauraient franchir en droit des personnes. Plus précisément ressort-elle comme un véritable catalyseur de la contractualisation, laquelle ne peut ainsi s'entendre d'un contractualisme absolu puisque les contrats susceptibles de contrevenir au respect dû à la personne humaine ne peuvent à ce jour prospérer, et à tout le moins sont-ils strictement sanctionnés par le droit objectif. Il a ainsi été démontré que la face prohibitive de la dignité permettait que soit régulé en amont l'expansionnisme contractuel en droit des personnes, lequel vient s'échouer sur l'ordre public de direction. Mais elle fonde également en aval un arsenal de sanctions destinées à faire échec aux conventions qui y contreviendraient. En somme, référer à la dignité c'est réinsuffler au droit des personnes le degré de transcendance qu'il abandonne chaque fois davantage sous l'effet de sa contractualisation.

420. La diffusion de l'ordre public de protection par le prisme du principe de dignité humaine. Aussi l'onde de choc du séisme engendrée par le phénomène de

¹³⁴³. P. MARTENS, La dignité humaine : bonne à tout faire des cours constitutionnelles ?, in *Justice, éthique et dignité*, op. cit., p. 146.

contractualisation ne produit-elle pas les effets dévastateurs que d'aucuns ont pu redouter et dénoncer. Le crépuscule du droit imposé annoncé demeure toujours hors de portée de vue, le regard entrapercevant bien plutôt l'aube d'une forme nouvelle de celui-ci, laquelle se déploie par le truchement de l'ordre public de protection et des règles para-juridiques. Si comme d'aucuns le suggèrent « *les bases de l'humanisme, c'est le contrat* »¹³⁴⁴, il importe que celui-ci ne constitue alors pas un mode d'avilissement du contractant. Or, à cet égard, la mobilisation du principe de dignité recouvre un effet prophylactique indéniable dès lors qu'elle permet le déploiement d'un ensemble de faveurs objectives à l'égard de la partie faible destinées à compenser l'asymétrie *inter partes* caractéristique des contrats en droit des personnes. C'est ainsi que le déploiement de l'acte contractuel s'inscrit dans un cadre institutionnel plus ou moins marqué et dont l'accentuation dépend étroitement de l'intensité de l'état de vulnérabilité du contractant faible. Il est vrai que tout respect d'un droit implique la négation d'un autre. Et l'affermissement de celui de la dignité humaine justifie aisément l'assouplissement de celui de liberté contractuelle. Mais cet enchevêtrement de la volonté et de l'autorité ne constitue en rien un schisme radical avec le régime de droit commun. Tout au plus certains assouplissements, certains ajustements doivent-ils être mis en œuvre afin de satisfaire l'impératif de protection du contractant vulnérable, mais également celui de l'intérêt général. Mais alors que la mobilisation du principe de dignité paraît apte à satisfaire aussi bien les adorateurs des concepts abstraits que ceux de la casuistique, n'est-ce pas en revanche convenir de ce que le droit est, plus qu'hier encore, « *en recherche de transcendance* »¹³⁴⁵ ? Sans doute en partie, de sorte qu'en droit des personnes « *coexistent la libre volontaire contractuelle et la loi contraignante : tantôt l'une tantôt l'autre, mais jamais l'une sans l'autre* »¹³⁴⁶. Prométhéenne, la référence au principe de dignité pour canaliser la contractualisation en droit des personnes l'est ainsi sans rechignement aucun.

¹³⁴⁴. Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, préc., p. 45.

¹³⁴⁵. Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, *op. cit.*, note 1, p. 69.

¹³⁴⁶. Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, *op. cit.*, p. 43.

CONCLUSION GÉNÉRALE

421. Imposture. Appréhender l'intime conjonction entre la contractualisation et le droit des personnes n'a pas toujours été un long fleuve tranquille. À leur embouchure, de profonds remous ont dû être contournés. Le premier ressenti émergeant dans le sillage de cette analyse tient sans nul doute en l'imposture manifeste du pouvoir des volontés individuelles dans ce champ juridique. Il est vrai que la symphonie du droit des personnes, traditionnellement empreint d'ordre public, a évolué : moins de règles contraignantes, et plus de liberté, tel est le premier versant de la contractualisation en droit des personnes. À l'origine en effet, les attributs extrapatrimoniaux de la personne recouvraient seulement une dimension objective qui permettait à leur titulaire de protéger son intimité, tant physique que morale, vis-à-vis d'autrui. Or, sous l'impulsion de ce phénomène, particulièrement topique du post-modernisme et caractéristique d'un hyper-individualisme exacerbé, ils ont depuis acquis une nouvelle facette, positive, permettant à chacun de valablement consentir à ce qu'une atteinte y soit portée. Aussi la rhétorique conventionnelle s'est-elle manifestement introduite en droit des personnes comme le fit le Cheval des Grecs à Troie.

Néanmoins, sitôt dépassé l'étonnement de cette interférence nouvelle, et combattu le vertige qui très vite envahit tout observateur, la résonance de cette cohabitation atypique a dû être abordée pour basculer sur le second versant du phénomène : la nucléation de l'emprise institutionnelle sur les accords de volontés. À première vue, il a été tentant – et au demeurant parfaitement légitime – de croire que le droit contraignant est par nature liberticide, et que lorsqu'il entre en conflit avec la volonté, il ne peut que l'annihiler. Mais il a été démontré que l'acceptation inverse devait bien plutôt être retenue, puisque protéger la liberté, c'est avant tout éviter que la personne ne s'aliène par l'effet de son consentement. Il est manifeste en effet qu'en raison de l'asymétrie conventionnelle caractéristique des contrats en droit des personnes, le contractant vulnérable se trouve placé dans une position d'infériorité qui, si libre court était laissé aux volontés individuelles, serait alors susceptible d'être la source d'effets de droit contraires à sa condition de personne humaine. Et l'acceptation s'est révélée d'autant plus pertinente à l'aune de la contractualisation en droit des personnes que celle-ci apparaît consubstantielle à l'état de vulnérabilité du contractant, qu'il en soit la source ou la conséquence. Comment en effet ne pas raisonnablement convenir que lorsque l'état de

vulnérabilité d'un individu justifie la conclusion d'un acte, ou qu'à l'inverse, l'accord des volontés a pour effet de placer le contractant dont l'attribut extrapatrimonial participe du contenu de l'accord dans une situation de vulnérabilité, le soutien du droit objectif au déploiement des droits subjectifs peut au contraire servir les intérêts les plus légitimes du contractant vulnérable, et contribuer au-delà à l'effectivité du contrat ? Il est vrai qu'il paraît difficile d'en disconvenir entièrement.

Or, de cette caractéristique a résulté l'interrogation centrale de l'étude : celle de la qualification juridique des accords de volontés. Il est vrai que la figure contractuelle assise sur des volontés autonomes est particulièrement familière aux yeux des juristes. Aussi apporter une réponse ne fut pas chose aisée, tant le débat afférent au contrat est nourri des sensibilités philosophiques et morales de chacun des commentateurs. Le présupposé de départ était donc que le contrat c'est l'autonomie ; l'autonomie c'est la liberté ; la liberté c'est l'absence de contrainte : et la séquence aurait pu être poursuivie si elle n'était pas remise en cause par la réalité positive. Celle-ci ne dissimulerait-elle pas en effet quelques vicissitudes ? La liberté ne pourrait-elle pas au contraire être assurée par l'ordre de contrainte ? Plus précisément, un contractant en situation d'infériorité est-il réellement libre ? Assurément, la réponse ne peut être que négative, et l'assertion frappe nécessairement tout un chacun avec la force de l'évidence. A ainsi pu être démontré que le principe de l'autonomie de la volonté pris en son sens le plus absolu ne reflétait en rien une vision contemporaine, réaliste et éclairée du droit, mais bien plutôt une inclinaison idyllique, fugitive et parfaitement utopique de celui-ci. Aussi, c'est au-delà l'idée de volontés contractuelles pleinement autonomes et détachées de toute emprise objective qui a été pourfendue avec ardeur. Il est vrai qu'encore parfois soutenue, elle se révèle bel et bien insoutenable aujourd'hui. Il tombe en effet sous le sens qu'elles ne le sont que dans le strict respect des exigences légales, dont la première d'entre elles est à l'évidence l'ordre public. Si de la sorte « *le côté social tend à prédominer sur le tempérament individuel (...)* »¹³⁴⁷, il n'y a cependant là aucune torsion spectaculaire de l'acception traditionnelle du contrat, puisque les volontés demeurent toujours de son essence. Il s'agit bien plutôt d'un simple réajustement de leur souveraineté. Le droit des personnes se fait ainsi l'écho de l'évolution de la partition contractuelle nécessaire et consécutive au phénomène de contractualisation. Aussi cette porosité entre les cloisons autonomes et hétéronomes n'est-elle en rien exclusive de la rhétorique contractuelle ; bien au contraire, elle en permet l'extension dynamique. Entendu

¹³⁴⁷ . L. JOSSERAND, Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal, *DH* 1940, Chron. 5.

ainsi, il n'y a alors rien d'incongru à admettre que par l'effet de l'immixtion institutionnelle « *le contrat n'est pas hypertrophié, mais mieux appréhendé* »¹³⁴⁸. Il est en effet indéniable que le droit contemporain des contrats ne peut plus aujourd'hui n'être qu'un « *droit désincarné, dont les règles se déploient sans considération de la situation concrète dans laquelle évolue les personnes* »¹³⁴⁹. En effet, alors que toute convention « *n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés* »¹³⁵⁰, certaines distances ont été prises à l'égard du « *fétichisme de la volonté individuelle* »¹³⁵¹, la loi participant ainsi nécessairement et invariablement « *de la structure de tout contrat, au-dessus des personnes, des choses, de l'espace et du temps* »¹³⁵². Aussi, autant l'écrire sans ambages : le contrat existe bel et bien en droit des personnes, et son essor est, plus qu'ailleurs encore, exponentiel.

422. Posture. Le droit des personnes et celui des contrats n'évoluent donc pas en vases clos. Bien au contraire interfèrent-ils sans cesse de manière croissante. Or, une fois le développement du contrat accueilli, encore importait-il de s'interroger sur sa tempérance, sa posture, afin que le respect dû à la personne ne soit jamais obéré par celui-ci. Aussi, bien que placées en arrière-plan, les spécificités protectrices n'en doivent pas moins attirer l'attention. Si la personne n'est pas entourée d'un « *cercle de feu* »¹³⁵³, d'une « *aura magique* »¹³⁵⁴ impliquant qu'aucune atteinte ne puisse être portée à son intégrité, physique ou morale, il est en revanche essentiel de toujours la considérer avec respect et pudeur afin que sa dignité soit en toutes hypothèses préservée. À cet égard, s'il apparaît légitime qu'un vent de liberté souffle sur le droit des personnes, la puissance de celui-ci doit cependant être canalisée, certaines « *mesures de compression* »¹³⁵⁵ devant être déployées.

Plus précisément il est fondamental que lorsque la personne conclut des accords relativement à ses différents attributs extrapatrimoniaux, celle-ci n'obère jamais son

¹³⁴⁸. J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs contractuels : est-on allé trop loin, in *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 99.

¹³⁴⁹. D. MAZEAUD, Constats sur le contrat, sa vie, son droit, *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 8.

¹³⁵⁰. R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, R. DEMOGUE et Ch. JAMIN, préc., Dalloz, vol. 6, p. 3.

¹³⁵¹. R. DEMOGUE, *ibid.*

¹³⁵². A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 158, analysant la place de l'État comme tiers garant dans le mécanisme contractuel.

¹³⁵³. I. MOINE, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, n° 313.

¹³⁵⁴. A.. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n° 21.

¹³⁵⁵. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'Abus des Droits*, 2° éd. Dalloz, 1939, n° 13, à propos du droit de propriété.

incommensurabilité. Il importe ainsi de maintenir ce « *minimum éthique* »¹³⁵⁶ et la protéger en conséquence contre tout risque de réification, puisque la traiter comme une chose, reviendrait alors à nier son humanité¹³⁵⁷. Le contrat ne doit jamais ainsi devenir « *l'instrument privilégié de désintégration des droits garantis* »¹³⁵⁸ à la personne humaine. Et puisque la caractéristique première de cette dernière est sa dignité, il n'y a alors rien de déroutant à constater sa mobilisation croissante par les pouvoirs publics, tant pour prévenir en amont la conclusion de contrats qui seraient susceptibles d'y attenter, que pour sanctionner en aval ceux dont les effets y contreviennent. En somme, référer à la dignité c'est, négativement, faire obstacle à l'émergence de contrats déshumanisants par la prescription d'un ensemble de prohibitions et de sanctions, et positivement, déplacer le centre de gravité de l'acte sur la personne même du contractant faible par la reconnaissance en sa faveur d'un ensemble de droits destinés à garantir sa condition de personne humaine. Plus précisément la dignité révèle-t-elle deux versants dont l'opposition axiologique confère une entière coloration anthropocentriste au phénomène de contractualisation en droit des personnes. Appréhendée négativement, la dignité est ainsi un principe prohibitif contenant le dynamisme des volontés contractuelles, là où positivement elle est prescriptive et les maintient dans un cap orienté vers la protection du contractant vulnérable. Aussi la référence à la dignité permet-elle, *in fine*, que soient protégés les intérêts objectifs supérieurs de la personne lorsqu'elle exerce ses droits subjectifs par l'effet d'un contrat.

C'est ainsi que l'ensemble du phénomène de contractualisation en droit des personnes s'articule autour de cet axe central qu'est la dignité. Or, un tel anthropocentrisme a pu légitimement laisser croire à l'éviction du droit commun. Il est vrai qu'au-delà de la casuistique et des discordances apparentes, les contrats en droit des personnes témoignent de réelles et nombreuses similitudes articulées autour de la protection de la vulnérabilité contractuelle, impliquant qu'un effort de théorisation ait été mené. Or, celui-ci a permis au contraire de mettre en exergue que leur régime juridique n'est pas – loin s'en faut – radicalement dérogoratoire au droit commun. Bien au contraire illustre-t-il avec justesse l'évolution contemporaine de la théorie générale, et sans doute peut-il participer au-delà à l'éclairer et l'enrichir à l'aune de cette préoccupation nouvelle. Aussi, en dépit des turbulences que connaît le droit des personnes ces

¹³⁵⁶. A. LECA, Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 76.

¹³⁵⁷. D. FENOUILLET, Respect et protection du corps humain, *J.- Cl. Civil*, art. 16 à 16-12, Fasc. 10, spéc. n° 40 à 42.

¹³⁵⁸. S. CHASSAGNARD-PINET, Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, in *Mélanges Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2007, p. 225.

dernières décennies, le cap est bel et bien maintenu : la dignité demeure protégée (en soi) et se trouve également valorisée (pour soi) par l'effet de la contractualisation en droit des personnes. Plus précisément, si ce phénomène, mouvement de masse épidémique et dynamique a pu inquiéter, la canalisation qui en est ainsi opérée permet que les craintes qu'il a suscitées soient relativisées, au prix certes d'une appréhension nouvelle de l'acte contractuel, mais au demeurant nécessaire. Ne serait-ce pas finalement ici une illustration supplémentaire, à l'aune des théories darwiniennes évolutionnistes¹³⁵⁹, de ce que ce ne sont pas les concepts juridiques les plus forts qui survivent, mais bien ceux qui s'adaptent le mieux à la fréquence et à la rapidité des changements ? Il est vrai que la présente analyse en est manifestement un témoin privilégié. Aussi, pour finir par là où a débuté cette étude, à savoir son titre, il est évident que le phénomène de contractualisation en droit des personnes n'est pas qu'une douce illusion, un rêve fugitif ; il est au contraire une réalité dont l'amertume ne doit pas être exagérément dénoncée, tant l'interaction entre le contrat et le droit des personnes, au-delà des faux semblants, constitue une rencontre, certes troublante, mais au final particulièrement enrichissante pour chacun des termes du binôme.

¹³⁵⁹. C. DARWIN, cité par M. A. PUIG, *Se réinventer, Notre deuxième chance*, Presse du Châtelet, 2011, Chap. 1^{er}, p. 7. Les espèces qui sont appelées à survivre « *ne sont pas les espèces les plus fortes, ni les plus intelligentes, mais celles qui s'adaptent le mieux aux changements* ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Dictionnaires

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.) (dir.).
Dictionnaire des droits de l'Homme, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2008.

CADIET (L.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, France, 2004.

CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires, 1930.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 3^{ème} éd., PUF, 1992.

JACOB (A.) (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, Tome II. *Les notions philosophiques*, PUF, 1990.

LINDON (R.), *Dictionnaire juridique. Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.

MALAURIE (P.), *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ, 2015.

B. Sciences humaines et sociales

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. JULES, Paris, Vrin, 1997.

DE SECONDAT DE MONTESQUIEU (C.), *L'esprit des lois*, Livre XXIX, Ch. 16.

FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880.

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie*, Gallimard, Paris, 1992.

KANT (E.), *Critique de la raison pure*, Reprint, Paris, Vrin, 1965.

- *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Trad. Delbos, Paris Voirin 1980 p. 68 et s.

LOCKE (J.), *Les fondements de liberté moderne de J-F Spitz*, Paris PUF 2001, compte rendu par B. Gagnon, *Politiques et sociétés*, 2001 vol. 21.

LUKACS (G.), *Histoire et conscience de classe. Essai de dialectique marxiste*, Éditions de Minuit, 1974.

PASCAL (B.), *Pensées*, in J. A. C. BUCHON, *Choix des moralistes français avec notices bibliographiques*, Ed. Auguste Desrez, 1838.

RENAUT (A.), *L'ère de l'individu*, Paris, 1989.

ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, Coll. Essais, 1992.

SAINT BERNARD DE CLAIRVAUX, De la grâce et du libre arbitre, § 2-6, in *Œuvres choisies*, t. I, trad. M.-M. Davy.

II. TRAITÉS ET MANUELS

ACOLLAS (E.), *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, Paris 1874.

ATIAS (C.), *Les personnes, les incapacités*, PUF, Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1985.

AUBERT (J.-L.), *Le contrat*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996.

BATTEUR (A.), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 2012.

BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, PUF, Que sais-je ?, n°2703, 1992.

BÉNABENT (A.), *Les obligations*, Montchrestien, 7^{ème} éd. 1999.

- *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Coll. Domat, Droit privé, 10^{ème} éd., 2005.

- *Droit de la famille*, LGDJ, Coll. Domat Droit privé, 3^{ème} éd., 2014.

- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 5^{ème} éd. 2001.

BIGOT (C.), *Droit de la création publicitaire*, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1997.

BRUSORIO-AILLAUD (M.), *Droit des obligations*, Paradigme, 2009-2010.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 9^e ed., Dalloz, Paris, 2010.

- CARBONNIER (J.)**, *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, PUF, 5^{ème} éd., 1964.
- *Droit civil, Les obligations*, PUF, Thémis, 22^{ème} éd., 2000.
- *Les personnes*, PUF, Thémis, 21^{ème} éd., 2000.
- CHAVANNE (A.) et BURST (J.-J.)**, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 1998.
- CHESNAIS (P.)**, *L'acteur*, Librairie technique, Coll. Statuts professionnels, Paris, 1957.
- COLIN (A) et CAPITANT (H.)**, *Traité de droit civil français*, Tome II, *Obligations, Théorie générale, Droits réels principaux*, Dalloz, 10^{ème} éd. 1959, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.
- COLOMBET (C.)**, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd. 1997.
- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1999.
- CORNU (G.)**, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2003.
- DEMOGUES (R.)**, *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931.
- DESBOIS (H.)**, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978.
- DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, T. I., 3^{ème} éd., De Boccard, 1927.
- DUMAS (R.)**, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Thémis, 1987.
- FENOUILLET (D.) et TERRÉ (F.)**, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 1996.
- *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacités – Protection*, Précis Dalloz, Droit privé, 8^{ème} éd., 2012.
- *Droit civil. La famille*, Précis Dalloz, Droit privé, 8^{ème} éd., 2011.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.)**, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique*, Armand Colin, éd. Dalloz, 2000, 9^{ème} éd.
- GAUDEMET (J.)**, *Droit privé romain*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2^{ème} éd., 2000.
- GAZZANIGA (J.-L.)**, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1992.
- GÉNY (F.)**, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1925, t. III.
- GHESTIN (J.)**, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, LGDJ, 1993.
- GHESTIN (J.) ET GOUBEAUX (G.)**, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, L.G.D.J., 1994.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SÉRINET (Y.-M.)**, *La formation du contrat*, T. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 1993.
- GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J., 1989.

GUILLOUARD (L.-V.), *Traité du contrat de louage*, T. II, Paris, 1885.

HUET (J.), *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996.

JAMIN (C.) et MAZEAUD D. (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, T. 3, Economica, 4^{ème} éd., 1998.

LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, 4^{ème} éd., 2012.

MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Les obligations*, Tome II, *Contrat*, Cujas, 11^{ème} éd., 2001.

- *Les personnes, Les incapacités*, Cujas, 4^{ème} éd., 1999.

- *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009.

MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3^{ème} éd., 1976.

MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 2^{ème} éd., 1938.

OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit français*, t. 1, *Les obligations*, Thémis, 1961.

PENNEAU (J.), *La responsabilité du médecin*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Pichon, 5^è éd., 1908.

PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926.

POLLAUD-DULIAN (F.), *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999.

SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1998.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Les obligations, Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2003.

TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, Paris, 1999.

- *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, Paris, 2005.

TEYSSIE (B.), *Droit du travail*, T. 2, *Relations collectives de travail*, Litec, 1993.

- *Droit civil, Les personnes*, Lexis Nexis, 15^{ème} éd., 2013.

TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^è éd., 2007.

VINEY (G.) ET JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 1998.

III. MONOGRAPHIES

A. Thèses et Mémoires

ABIKHZER (F.), *La notion juridique d'humanité*, préf. X. PHILIPPE, PUAM 2005, T. I.

ANCEL (P.), *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique des droits de la personnalité*, Thèse Dijon, G. COUTURIER (dir.), 1978.

ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Préf. F. CHABAS, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1996.

ARNOUX (I.), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Préf. J.-M. AUBY, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994.

BARREYRE (A.), *L'évolution et la crise du contrat*, Thèse dactyl. Bordeaux, 1937.

BÉCOURT (D.), *Image et vie privée*, préf. P. CATALA, L'Harmattan, 2004.

BENTO DE CARVALHO (L.), *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Thèse, Bordeaux, AUZERO (G.) (dir.), 2015.

BERRA (D.), *Le principe de la libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse Nancy, 1969.

BESSY (C.), *La contractualisation de la relation de travail*, L.G.D.J., Droit et Société, Série Économie, 2007.

BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Préf. H. ROUSSILLON, Dalloz, 2003.

BOURGEOIS (M.), *La personne objet de contrat*, Thèse Paris I, M. FABRE-MAGNAN (dir.), 2003.

BOYER (L.), *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1947.

BRASSIER (N.), *Aspects éthiques posés par les problèmes économiques des dons du sang*, DEA d'éthique médicale et biologique, 1995-1996.

BRUN (A.), *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Thèse Lyon, 1931.

CABRILLAC (F.), *Le droit civil et le corps humain*, Thèse Montpellier, J. BECQUE (dir.), 1962.

CÉDRAS (J.), *Les œuvres collectives en droit français*, Thèse dactyl. Paris II, 1978, FRANCON (A.) (dir.).

- CHABAS (C.)**, *L'inexécution licite du contrat*, GHESTIN (J.) (préf.), LGDJ, 2002.
- CHAMBRUN (C.)**, *Les contrats portant sur les droits de la personnalité*, Mémoire de D.E.A. de Droit privé, Paris I, 1995-1996, M. FABRE-MAGNAN (dir.).
- CHARDIN (N.)**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 199, 1988.
- COLLET (L.)**, *La notion de droit extrapatrimonial*, Thèse, Paris, 1992, G. DURRY (dir.).
- COMBES (R.)**, *L'usage comme marque de l'image d'autrui*, Mémoire de DESS Propriété Industrielle, Paris II, 1996.
- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, Préf. Ch. ATIAS, Dalloz, 2007.
- DARMAISIN (S.)**, *Le contrat moral*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, TEYSSIÉ (B.) (préf.), 2000.
- DECOCQ (A.)**, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse Dijon, 1960.
- DELAPORTE (V.)**, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse dactyl. Paris I, 1974, LAGARDE (P.) (dir.).
- DELBECQUE (P.)**, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille III, 1981.
- DENOIX DE SAINT MARC (S.)**, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Thèse dactyl. Paris II, 1997, FRANCON (A.) (dir.).
- DESBOIS (H.)**, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978.
- DHAINAUT (I.)**, *Les idées de R. Demogue en droit des contrats dans son traité des obligations en général*, Les annales de l'école doctorale de Lille II, 1998.
- DIJON (X.)**, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Préf. F. RIGAUX, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Ed. Larcier, 1982.
- DIJOUX (R.)**, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2012.
- DOMMAGES (R.)**, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse Paris, 1956.
- DONNETTE-BOISSIÈRE (A.)**, *La contractualisation en droit du travail*, Thèse, Montpellier, 2010, ANTONMATTÉI (P.-H.) (dir.).
- DREIFUSS-NETTER (F.)**, *Les manifestations de volonté abdicatives*, TERCIER (P.) (préf.), L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1985.
- DUBOIS (P.)**, *Le physique de la personne*, Préf. G. CORNU, Economica, 1986.
- DUDIT (C.)**, *La contractualisation du droit de la famille*, Thèse dactyl., Nantes, 2009, R. LE GUIDEDEC (dir.).

- FAGES (B.),** *Le comportement du contractant*, MESTRE (J.) (préf.), PUAM, 1997.
- FERRIE (S.-M.),** *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Thèse dactyl. Paris I, G. LOISEAU (dir.), 2015.
- GABRIEL (A.),** *La personne de confiance de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, Mémoire de D.E.A., PUAM, E. PUTMAN (dir.), 2004.
- GAVIN (G.),** *Le droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique*, Préf. H. DESBOIS, Dalloz, 1960.
- GERVIER (P.),** *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (préf.), LGDJ, 2014.
- GIMENO-CABRERA (V.),** *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, LGDJ, coll. Thèses, 2005.
- GINON (A.-S.),** *La recherche biomédicale en quête de principes*, Thèse Université Paris-X Nanterre, I. VACARIE (dir.), 2002.
- GOUNOT (E.),** *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912.
- GUYET (G.),** *Le concept d'autonomie dans les obligations privées*, Thèse dactyl. Bordeaux 4, 2012.
- HUGUET (A.),** *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, Thèse Poitiers, R. SAVATIER (dir.), 1962.
- IACUB (M.),** *Le corps de la personne : enquête juridique*, Thèse de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1993.
- INCOLLINCO-MONA (H.),** *La normativité et le droit de la famille*, Thèse Toulon, E. PAILLET (dir.), 2000.
- JACQUIER (S.),** *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteurs*, PUAM, 2001, GAUTIER (P.-Y.) (préf.).
- JEANNOT-PAGES (G.),** *L'image du sportif en droit français*, Thèse Limoges, 1996, F. ALAPHILIPPE (dir.).
- LE GAC-PECH (S.),** *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000.
- LOIR (R.),** *Les conventions non créatrices d'obligations*, Thèse Lille 2, JAMIN (C.) (dir.), 2007.

- LOISEAU (G.)**, *Le nom objet d'un contrat*, GHESTIN (J.) (préf.), L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1997.
- LUCINAI (A.-M.)**, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit international*, Thèse Paris 1, 1996, P. LAGARDE (dir.).
- MALAURIE (P.)**, *L'ordre public et le contrat*, Thèse Paris II, 1953.
- MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, GHESTIN (J.) (préf.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.
- MEYER (F.)**, *Le corps humain en droit du travail*, Thèse Strasbourg, 1985, SINAY (H.) (dir.).
- MEYNIAL (E.)**, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, Mémoire présenté au concours de doctorat de la faculté de Paris, 1885, *Rev. pratique de droit français*, 1887.
- MOINE (I.)**, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Préf. E. LOQUIN, 1997.
- NERAC (P.)**, *La protection du nom patronymique en droit civil. Étude de jurisprudence*, Préf. M. GOBERT, P.U.F., 1980.
- NERSON (R.)**, *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse Lyon, Préf. P. ROUBIER, 1939.
- NOBLOT (C.)**, *La qualité de contractant comme critère légale de protection. Essai de méthode législative*, LABARTHE (F.) (préf.), L.G.D.J., 2002.
- PAUL (F.)**, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, Thèse Paris 1, 2001, J. GHESTIN (dir.).
- PIN (X.)**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, MAISTRE DU CHAMBON (P.) (préf.).
- PRIEUR (S.)**, *La disposition par l'individu de son corps*, *Les Études hospitalières*, coll. Thèses, n°3, préf. E. LOQUIN, 1999.
- RANOUIL (V.)**, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Trav. Univ. Paris II, 1980.
- RASCHEL (E.)**, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Thèse dactyl. Poitiers, 2013, DANTI-JUAN (M.) et SCHÜTZ (R.-N.) (dir.).
- RAULT**, *Le contrat d'édition en droit français*, Thèse Paris, Dalloz, 1927.
- RAVANAS (J.)**, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Préf. P. KAYSER, 1978.
- RAYNAUD (J.)**, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, GARAUD (E.) (préf.).

- REVET (TH)**, *La force de travail*, Litec, 1992, ZÉNATI (F.) (préf.).
- RIEG (A.)**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 19, 1961.
- RIGAUX (F.)**, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990.
- ROUHETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse dactyl., Paris, RODIERE (R.) (dir.), 1965.
- SARVONAT (G.)**, *Le principe de l'inviolabilité du corps humain*, Thèse Toulouse I, 1973.
- SAVAUX (E.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Thèse dactyl. Paris I, AUBERT (J.-L.) (dir.), 1993.
- SERNA (M.)**, *L'image des personnes physiques et des biens*, Economica, Préf. B. OPPETIT, 1997.
- SIRINELLI (P.)**, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, FRANCON (A.) (dir.).
- STOFFEL-MUNCK (PH.)**, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, BOUT (R.) (préf.), 2000.
- TISSEYRE (S.)**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Thèse, FABRE-MAGNAN (M.) (préf.), PUAM, 2012.
- TRICOIRE (E.)**, *L'extracommercialité*, Thèse, Toulouse, 2002, B. BEIGNIER (dir.).
- VERESCON (M.)**, *Le principe juridique de la dignité de la personne humaine*, Mémoire de DEA de Droit public interne, Paris II, 1998.
- WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse Perpignan, 1996, AMIEL-DONAT (J.) (dir.).
- ZÉNATI (F.)**, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981, RUBELLIN-DEVICHI (J.) (dir.).

B. Ouvrages spéciaux

- ANCEL (P.) et LEQUETTE (Y.)**, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., 2001.
- ALBALAT (A.)**, *Comment on devient écrivain*, Armand Colin, 1997.

ALBERTINI (P.), *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, Lexis Nexis, Coll. Essais, 2015.

BAUD (J.-P.), *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993.

BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, FOYER (J.) (préf.), 1995.

BLOCH (E.), *Droit naturel et dignité humaine*, Ed. Payot et Rivage, Paris, 2002.

BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Septentrion Presses Universitaires, 1912, réédition 1998.

BURLAMAQUI (J.), *notes de Fortuné Barthélemy de Félice et Toussaint-Ange Cotelle, Principes du droit de la nature et des gens et du droit public général*, Vol. 1, Paris, 1821, Nouvelle éd.

CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995.

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

CASPAR (P.), *Penser l'embryon d'Hippocrate à nos jours*, Ed. Universitaires, 1991.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, Série politique, 2003.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

DAVID (A.), *Structure de la personne humaine. Limites actuelles entre la personne et la chose*, L.G.D.J., 1953.

DELEBECQUE (P.), *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1993.

DIERKENS (R.), *Les droits sur le corps de l'homme et le cadavre*, Masson et Cie, 1996.

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{ère} éd., 1689.

DUBOIS (P.), *Le physique de la personne*, Economica, 1986.

DUMAS (R.), *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Thémis, 1987.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 9^{ème} éd., 1973.

EDELMAN (B.), *Le droit saisi par la photographie. Éléments pour une théorie marxiste du droit*, Maspéro, 1973.

- *La personne en danger*, PUF, 1998.

FOUGEROL (H.), *La figure humaine et le droit*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1913.

GAUDEMET (J.), *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2000.

GAZZANIGA (J.-L.), *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime*, 1990, 12 Droits 37.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, 1921

- GIORDANO (Y.)**, *Conduire un projet de recherche, une perspective qualitative*, Éditions EMS, *Management et société*, 2003, p.296 et s.
- GRAND (E.), HERVÉ (C.) et MOUTEL (G.)**, *Les éléments du corps humain, la personne et la médecine*, L'Harmattan, Coll. L'éthique en mouvement, 2009.
- HOBBS (T.)**, *Léviathan*, 1651, Dalloz, Paris, 2000.
- JONAS (H.)**, *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990.
- JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, T. II, 1932.
- KAYSER (P.)**, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica, 3^{ème} éd., 1995.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2^e éd., 1999.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.)**, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 1996.
- LEFÈVRE-TEILLARD (A.)**, *Le nom, droit et histoire*, PUF, Coll. Léviathan, 1990.
- LIPOVETSKY (G.)**, *L'ère du vide*, Folio Essais, Gallimard, 1983.
- LOYSEL**, *Institutes coutumières*, Paris, Durand librairie, 1846.
- LYOTARD (J.-F.)**, *Le post-modernisme expliqué aux enfants, Correspondances 1982-1985*, Galilée, 1986.
- MAINE (H.-S.)**, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. COURCELLE J.C., Paris, Guillaumin et Cie, 1874.
- MARZANO (M.)**, *Penser le corps*, PUF, 2008.
- MOUNIER (E.)**, *Le personnalisme*, PUF, Que sais-je ?, 16^{ème} éd., 1995.
- OPPETIT (B.)**, *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1999.
- OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.)**, *Histoire du droit privé, Les biens*, PUF, Thémis, 1961.
- OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.)**, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, 1985.
- RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 1^{ère} éd., 2011.
- ROSAVANLLON (P.)**, *La crise de l'État-providence*, Ed. Seuil, Coll. Essais, 2015.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951.

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, DEROUSSIN (P.) (préf.).

SALLE (E.), *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1930.

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, n°347, p. 18.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., revue et augmentée, PUF, 2009.

SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Ed. Seuil, Coll. Essais, 2009.

TOULLIER (C.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. VI, Paris, 1821.

TOURNIER (M.), *La goutte d'or*, Folio, Poches, n°1908, 1986.

VAN GOGH (V.), *Lettres à sa frère Théo*, Gallimard, 1988.

VILLEY (M.), *Le droit romain : son actualité*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, n°195, 9^{ème} éd., 1993.

- *Carnets*, PUF, 1995.

VON IHERING (R.), *L'esprit du droit romain*, Paris, Librairie Mareseq Ainé, 1889.

WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, éd. Domat Montchrestien, 1945.

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

A. Rapports collectifs

Agence de la biomédecine, Bilan de l'application de la loi bioéthique du 6 août 2004, Rapport au Ministre de la Santé, oct. 2008.

CCNE, Rapp. de synthèse : recherche médicale et respect de la personne humaine, *La Doc. fr.* 1998.

C.E., Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008, Jurisprudences et avis de 2007, *La Doc. fr.*, p. 138.

- La révision des lois de bioéthique, Rapp. du 9 avr. 2009, *La Doc. fr.* 2009.

Comité des ministres du Conseil de l'Europe de 1989, Rapport, in *Procréation artificielle humaine*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

Comité sur le préambule de la Constitution, *Rapport au Président de la République*, déc. 2008.

Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport 2009.

- Rapp. 2014, Études – *Le temps, Le rôle de la durée dans la protection des droits*.

B. Recherches collectives

BASDEVANT-GAUDEMET (B.) (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, coll « Systèmes Droit », Paris, LGDJ, 2004.

BAUDOIN (J.-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.) (dir.), *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1987.

BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.) (dir.), *Contrats et vivant*, J. GHESTIN (dir.), L.G.D.J., 2006.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, LGDJ, 2007.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (dir.), Lamy, *Droit des personnes et de la famille*, 2006.

FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

- *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., Coll. De l'Institut de Droit des affaires, 2007.

GABORIAU (S.) et PAULIAT (H.) (dir.), *Justice, Éthique et Dignité, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*, PULIM 2006.

GOUBEAUX (G.) (dir.), *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001.

GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), *Colloque sur le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, Economica, 2004.

HAMON (F.) et WIENER (C.) (dir.), *La loi sous surveillance*, Odile Jacob, 1999.

HAUSER (J.) (dir.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971.

JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

- *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Coll. « Actes », 2012.

LEBRETON (L.) (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, 1998.

LEWKOVICZ (G.) et XIFARAS (M.) (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Méthodes du Droit, 2009.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires saint- Louis, Bruxelles, 2002.

PAVIA (M.-L.) et REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999.

PEDROT (P.) (dir.), *Éthique, Droit et Dignité de la personne. Mélanges Ch. BOLZE*, Economica, 1999.

PÉLISSIER (A.) et OSTA (D.) (dir.), *Contrats et libertés fondamentaux*, PUAM, 2011.

PÉRELMAN (C.) et VANDER ELST (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984.

REVET (T.) (dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996.

TALLON (D.) et HARRIS (J. D.) (dir.), *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, L.G.D.J., 1987.

V. ENCYCLOPÉDIES

A. Juris-Classeur

FENOUILLET (D.), Protection de la personne, Le corps humain, *J.-Cl. Civil*, Art. 16 à 16-12, Fasc. 12.

GOGORZA (A.), La dignité humaine, in *Droits de la personnalité*, SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), LexisNexis, Traités, 2013

GRILLET-PONTON (D.), Contrat de parrainage publicitaire, in *J.-Cl. Contrats et distribution*, Fasc. 4050, 1993.

LINDON (R.), Jouissance des droits civils, Protection de la personnalité en droit civil français, in *J.-Cl. Civil*, 1971, Art. 9.

MAFFRE-BAUGE (A.), Droit d'auteur, Exploitation des droits, *J.-Cl. Droit d'auteur*, Fasc. 1310.

RAVANAS ((J.)), Protection de la vie privée, *J.-CL. Civil*, Art. 9, Fasc. 10.

SIMLER (P.), *Juris-Classeur Civil*, Art. 1136-1145, Fasc. 10, 1993, V° Contrats et obligations

TARDIEU-GUIGUES (E.), Transmission du droit sur la marque, in *J.-Cl. Marques*, 1994, Fasc. 74.

ZABALZA (A.), Introduction, in *Droits de la personnalité*, SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *LexisNexis*, Traités, 2013.

B. Répertoire et Encyclopédie Dalloz

BERTRAND (A. R.), Transmission, cession et contrats relatifs aux droits d'auteur, *Dalloz Action-Droit d'auteur*, 2010, Chap. 112.

HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), *Rép. de droit. civil*, V° Ordre public et bonnes mœurs, mars 2004.

GAUDRAT (P.), Propriété littéraire et artistique, Dalloz, *Rép. de droit civil*, sept. 2007.

TALLON (D.), Droits de la personnalité, *Encyclopédie Dalloz, Rép. Civil*.

VI. ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

ACQUARONE (D.), L'ambiguïté du droit à l'image, *D.* 1995, chron. p. 129 et s.

AGOSTINI (A.), La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom, *D.* 1973, chron. p. 313 et s.

AGUILA (Y.), Sur l'art de juger, *Droit et justice*, n° 24, p. 1 et s.

ALMERAS (J.-P.), La recherche biomédicale sans finalité thérapeutique, *Le concours médical* 1989 p. 446 et s.

ALT-MAES (F.), L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 220 et s.

- La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ?, *RSC* 2002.501.

- Le respect de la dignité au centre des pratiques et de la loi sur la fin de vie, *Gaz. Pal.*, 30 mai 2006, n° 150, p. 1 et s.

AMBROISE-CASTEROT (C.), La contractualisation de la justice pénale : aveu et négociation, *Rép. de droit pén. et de proc. pén.*, sept. 2014.

ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999.771.

- Contractualisation, in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, France 2004.

- Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 16 et s.

- L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?, in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 318 et s.

ANDORNO (R.), Procréation artificielle, personnes et choses, *RRJ*, 1992, p. 13 et s.

- Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique : quel rapport ?, in *Journal International de Bioéthique*, 2010/4 Vol. 21, p. 51 et s.

ATIAS (C.), Le contrat de substitution de mère, *D.* 1986, chron. p. 67 et s.

AUNE (A.-C.), Peut-on légaliser l'euthanasie ?, *Gaz. Pal.*, 21 déc. 2004, p. 7 et s.

AYNÈS (L.), Rapport introductif, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 1 et s.

- Le contrat, loi des parties, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2005, n°17.

BADINTER (R.), Le droit au respect de la vie privée, *JCP G* 1968, I, 2136.

BARBIER (H.), Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD civ.* 2016. 247.

BARTHÉLÉMY (J.), Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation, *Rev. Droit social*, 2003.25.

BATIFFOL (H.), La crise du contrat et sa portée, *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 13 et s.

BATTEUR (A.), Contrat et mesures de protection, *JCP N* 2008, 1275.

BATTEUR (A.), **CERF (A.)** et **RAOUL-CORMEIL (G.)**, La mort, le malade et le médecin..., *RLDC* 2005, n° 19.

BAUD (J.-P.), Le corps, personne par destination, in *Droit des personnes et de la famille. Mélanges offerts à D. HUET WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 13 et s.

- Le corps du droit civil, in *La cité charnelle du droit*, PU Franc-Comtoises, 2002, p. 55 et s.

BAUDOIN (J.-L.), Le corps humain et les actes juridiques. Rapport général, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées belges*, Tome XXVI, 1975, p. 175 et s.

BÉCOURT (D.), La personne face aux médias, Communication au Colloque « *Libre justice* », Cour de cassation, 4 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, doct. p. 982 et s.

BEIGNIER (B.), La famille entre autorité parentale et autorité de l'État, *Dr. fam.*, n° 2, 2006. 1.

BELLIVIER ((F.) et EGEA (P.), Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique), *D.* 2004. 651.

BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.), L'outil contractuel, au cœur de la chaîne du vivant, in *Contrats et vivant*, L.G.D.J., 2006, p. 66 et s.

BÉNABENT (A.), Les nouveaux moyens de reproduction et les droits de la personnalité. Rapport français, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées néerlandaises*, Tome XXXVII, 1986, p. 93 et s.

BENCHIKH (M.), La dignité de la personne humaine en droit international, in *La dignité de la personne humaine*, REVET (T.) et PAVIA (M.-L.) (dir.), Economica, 1999, p. 37 et s.

BÉRAUD (R.), L'indisponibilité juridique, *D.* 1952, chron. p. 187 et s.

BERGOIGNAN-ESPER (C.), La loi du 2 février 2016 : quels nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie ?, *RDSS* 2016. 296.

BERNARD (C.), Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n°2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *Dr. Fam.* Juillet-août 2002, p. 1 et s.

BERNS (T.), Les contrats du souverain. Sur la théorie bodinienne du contrat, in *Repenser le contrat*, LEWCOWICZ (G.) et XIFARAS (M.), Dalloz, Coll. Méthode du droit, 2009, p. 29 et s.

BERTRAND (A.-R.), Un nouveau droit voisin du droit d'auteur : le droit à l'image, *Cah. dr. aut.*, nov. 1990, p. 1 et s.

BIGOT (C.), Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, *D.* 1998, chron. p. 235 et s.

BINET (J.-R.), Trois contes juridiques sur la fin de vie, *Revue Lamy Droit civil*, 2013/10/01.

BIZIÈRE (P.), Commentaire de la loi n° 69-1186 du 26 décembre 1969 relative à la situation juridique des artistes du spectacle et des mannequins, *Quest. prud'h.*, 1971, p. 881 et s.

BOFFA (R.), Article 1108 : le contrat d'adhésion, *RDC* 2015. 736.

BONNECASE (J.), La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français, *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 91 et s.

BONNECHÈRE (M.), Le corps laborieux : réflexions sur la place du corps humain dans le contrat de travail, *Dr. ouv.*, 1994, p. 173 et s.

BORELLA (F.), Le concept de dignité de la personne humaine, *Mélanges Christian BOLZE*, Economica, 1999, p. 29 et s.

BORRICAND (J.), Commentaire de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *D.* 1989, chron. p. 167 et s.

BREDIN (M.), Les maladies du droit, *Cour de cassation*, Colloque, 2005.

BRETON (A.), Le nom de l'épouse divorcée, in *Mélanges offerts René RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 17 et s.

BRUGIÈRE (J.-M.), « Droits patrimoniaux » de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans la catégorie des droits de la notoriété, *RTD civ.* 2016, p. 1 et s.

BUREAU (D.), L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (N.) (dir.), Economica, 2004, p. 141 et s.

BYK (C.), La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme – La bioéthique, une utopie civilisatrice à l'ère de la mondialisation ?, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, Juill. 2007, var. 5.

CADIET (L.), Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 5 et s.

CAILLOSSE (J.), Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in *Le droit contemporain des contrats, Travaux et recherches Fac. droit Rennes (1987)*, p. 96 et s.

CAIRE (A.-B.), Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain, *RDSS* 2015. 865.

CAPITANT (H.), Sur l'abus des droits, *RTD civ.* 1928.372.

CARBONNIER (J.), Le silence et la gloire, *D.* 1951, chron. p. 119 et s.

CARLIER (J.-Y.), Autonomie de la volonté et statut personnel, *Rev. crit. DIP*, 1993.519.

CARON (C.), Et si le droit d'auteur n'existait pas sur internet et ailleurs ? (à propos de TGI Pontoise, 2 février 2005), *D.* 2005, Tribune, p. 513 et s.

- Droit moral ou droits moraux ?, *LPA*, 6 déc. 2007, n°244, p. 28 et s.

CASEY (J.), Quel avenir pour le mandat de protection future ?, *Gaz. Pal.* 2011, 2091.

CASSIERS (L.), La dignité de l'embryon humain, *RTDH*, (54/2003), p. 416 et s.

CATALA (P.), La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *RTD civ.* 1966.185.

- La « propriété » de l'information, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz 1985, p. 97 et s.

CAYLA (O.), La qualification ou la vérité du droit, in *La qualification*, Droits n°18, PUF, 1993, p. 1 et s.

- Jeux de nains, jeux de vilains, in *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, 1998, p. 155 et s.

- Dignité humaine : le plus flou des concepts, *Le Monde, Horizons-Débats*, 31 janvier 2003.

CAYRON (J.), Ordre public et validité du contrat ; aspects du droit de la famille et du droit des personnes, *Rev. jur. Personne et famille*, 1999, p. 4 et s.

CÉDRAS (J.), Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, *Rapp. C. Cass.* 2003.

CHABAS (F.), Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en droit français, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées Belges*, Tome XXVI, 1975, p. 225 et s.

CHANTEPIE (G.), La durée du contrat – 1^{ère} partie – Projet, articles 1211 à 1213 du Code civil, *Dalloz, Blog de la réforme du droit des obligations*, 2015.

CHARPENTIER (E.), *Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme*, Les cahiers du droit, vol. 43, n°2, 2002.

CHASSAGNARD-PINET (S.), Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme, in *Mélanges Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 225 et s.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), Synthèse générale, in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 19 et s.

CHAZAL (J.-P.), De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil, *RTD civ.* 2001, 265.

- Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?, in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), Dalloz, Actes, Coll. Thèmes et Commentaires, 2003, p. 99 et s.

- L. Josserand et le nouvel ordre contractuel, *Rev. des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 325 et s.

- Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ?, *Revue des contrats*, avr. 2004, n° 2.

- G. Ripert et le déclin du contrat, *Rev. des contrats*, 1^{er} avril 2004, p. 244 et s.

- Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ?, *D.* 2015. 673.

CHÉNEDÉ (F.), *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : Du mythe à la réalité ?*, Droit et Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey, Vol.4-2012.

CHEVALLIER (J.), La rationalisation de la production juridique, in *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 8 et s.

- Vers un droit postmoderne ?, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 16 et s.

- Contractualisation et régulation, in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 180 et s.

- Conclusion, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, BASDEVANT-GAUDEMET (B.) (dir.), LGDJ, Coll « Systèmes Droit », Paris, 2004, p. 183 et s.

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), Fin de vie : l'éternel mythe d'Asclépios, *D.* 2016. 472.

COHEN (D.), Une atteinte à la dignité humaine, *Le Monde*, 5 mai 2001, p. 7 et s.

COLOMBET (C.), Le nom et les propriétés incorporelles, *D.* 1989, chron. p. 30 et s.

CORNU (G.), Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, p. 77 et s.

- La personne humaine, sujet de droit. Rapport de synthèse, in *4^{ème} Journées René SAVATIER*, Poitiers, PUF, 1994, p. 219 et s.

COURTRAY (F.), Publication de la photographie d'un cadavre : du respect de la vie privée à la dignité humaine ou les premières conséquences de la loi sur la présomption d'innocence, *Rev. jur. pers. et fam.*, 1^{er} mars 2001, n° 3, p. 11 et s.

COUTURIER (G.), L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *Études offertes à Jacques FLOUR, Rép. du notariat Defrénois*, 1979, p. 95 et s.

- DEBONNE-PENET (R.)**, Le statut des artistes du spectacle, *D.* 1980, chron. p. 17 et s.
- DEBRE (J.-L.)**, Vœux du Conseil constitutionnel au Président de la République, 6 janvier 2014.
- DE CASTRO (M.)**, Protection de la personnalité en droit privé, Rapport général, in *Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées de Madrid*, Tome XIII, 1963, p. 49 et s.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), LGDJ, Coll. Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, 2007, p. 165 et s.
- DEKKERS (R.)**, Le corps humain et le droit. Aspects philosophiques, in *Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées belges*, Tome XXVI, 1963, p. 1.
- DE LAJARTRE (A.)**, La notion de recherche biomédicale sur l'être humain à travers les textes et les comportements professionnels en sciences du comportement, *RDSS* janv-mars 1997 p. 47 et s.
- DE LAMY (B.)**, Procédure et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale), in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), LGDJ, Coll. Droit et Sociétés, 2007, p. 149 et s.
- DE LAMY (B.) et DEUMIER (P.)**, La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable, *LPA*, 9 oct. 2000, n° 201, p. 2 et s.
- DELFOSE (A.) et BAILLON-WIRTZ (N.)**, Le mandat de protection future, *JCP G* 2007, I, 147.
- DELMAS-MARTY (M.)**, Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain, *RSC*, 1994, p. 477 et s.
- DEMOGUE (R.)**, La notion de sujet de droit, *RTD civ*, 1909, p. 611 et s.
- DENIZOT (A.)**, Le nouveau droit de la fin de vie, *RTD civ.* 2016. 460.
- DERIEUX (E.)**, Œuvre de commande, liberté de création et droit moral de l'auteur, *R.I.D.A.*, 1989, p. 199 et s.
- DE SAINTE MARIE (A. E.)**, L' « interprétation créatrice » : interprétation et détermination du contenu du contrat, *Rev. des contrats*, 31 mars 2015, n° 1, p. 166 et s.
- DESJEUX (X.)**, Le nom commercial, de quelques problèmes juridiques, *Gaz. Pal.* 1979, 2, doct. p. 614 et s.
- DIJON (X.)**, Le sujet, son droit, son corps, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1983, p. 1 et s.
- DION (N.)**, L'aventure de la médiation, *LPA*, 29 juillet 2003, n° 150, p. 4 et s.
- DIONISI-PEYRUSSE (A.)**, Réforme de la fin de vie, *AJ Fam.* 2016. 127.
- DOUCHY-OUDOT (M.)**, Les mandats judiciaires, *Deffrénois*, 30 janv. 2009, p. 132 et s.

DREYFFUS-NETTER (F.), Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ?, *Rev. resp. civ. et ass.*, n° 10, oct. 2002, chron. 17.

DUBOUIS (L.), La convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, *Revue Dr. San. Soc.*, 1998, p. 211 et s.

EDELMAN (B.), Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, *D.* 1970, chron. p. 119 et s.

Le droit moral dans les œuvres artistiques, *D.* 1982, chron. p. 263 et s.

- Nature et sujet de droit, *Revue Droits*, n°1, 1985, p. 125 et s.

- La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *D.* 1997, chron. p. 186 et s.

- Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle, in *La personne en danger*, PUF, 1^{ère} éd., 1999, Coll. Doctrine juridique, p. 323 et s.

- De la propriété-personne à la valeur-désir, *D.* 2004, p. 157 et s.

ESMEIN (P.), La commercialisation du dommage moral, *D.* 1954, chron., p. 113 et s.

ESPER (C.), La personne de confiance : obligation légale, morale, juridique ?, *RGDM* 2003, n° 11, p. 81 et s.

FABRE-MAGNAN (M.), La dignité en Droit : un axiome, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1 Volume 58, p. 7 et s.

FAVOREU (C.), Chronique de jurisprudence, *RFDC*, 1994, n° 20, p. 808 et s.

FENOUILLET (D.), La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, BASDEVANT-GAUDEMET (B.) (dir.), LGDJ, Coll « Systèmes Droit », Paris, 2004, p. 103 et s.

- Le mandat de protection future ou la double illusion, *Répertoire du Notariat, Defrénois*, 30 janv. 2009, p. 142 et s.

FEUILLET-LE-MINTIER (B.), Normes nationales et internationales en bioéthique, in *Revue française des affaires sociales* 3/2002, p. 15 et s.

FOSSIER (T.) et HARICHAUX (M.), La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, *Rev. dr. san. et soc.* 1991.1.

FRANCON (A.), La protection du droit moral de l'auteur relatif à une œuvre tombée dans le domaine public, in *Études de droit commercial*, Librairies techniques, 1968 p. 16 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^{ème} forum de la régulation, *LPA*, 03 mai 2005, n°87, p. 2 et s.

GAHDOUN (P.-Y.), Le droit des biens et des obligations, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2011, n° 31.

GAILLARD (E.), La double nature du droit à l'image, *D.* 1984, chron. p. 161 et s.

GALLOUX (J.-C.), De la nature juridique du matériel génétique ou de la réification du corps humain et du vivant, *RRJ*, 1989, p. 521 et s.

- La distinction entre la chose et la personne, in *Nouvelles technologies et propriété*, Colloque de la Faculté de Montréal, 1989, Litec, 1991, p. 213 et s.

- La protection juridique de la matière biologique en droit français, *RIDC* 1998, Vol. 50, n°2, p. 501 et s.

GALLOUX (J.-C.) et GAUMONT-PRAT (H.), Droits et libertés corporels, Panorama de la législation, de la jurisprudence et des avis des instances éthiques, *D.* 2005, Panorama, p. 536 et s.

GANNAGE (P.), La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, *Rev. crit. DIP*, 1992.425.

GAUTIER (P.-Y.), L'œuvre écrite par autrui, *R.I.D.A.*, janv. 1989, p. 63 et s.

- Vers un ordre public humaniste : la dignité du cocontractant, *RDC* 1^{er} avr. 2005, p. 523 et s.

GAUTRAIS (V.), Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés, *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 128 et s.

GAZZANIGA (J.-L.), Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'Ancien Régime, in *Revue Droits*, 1990, n° 12, p. 37 et s.

GEFFROY (C.), Le secret de la vie privée dans la vie et dans la mort, *JCP G* 1974, I, 2604.

GENETET (B.), Éthique française et don du sang, in *Actes du 3^{ème} Congrès international d'éthique médicale*, 9-10 mars 1991, *Ordre national des médecins*, 1992, p. 226 et s.

GHESTIN (J.), L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982, chron. p. 1 et s.

- La notion de contrat, *D.* 1990, chron. p. 147 et *Revue Droits*, n° 12, 1990, p. 7 et s.

- Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels, in *Mélanges en l'honneur de D. TALLON*, Paris, 1999, p. 252 et s.

- Le contrat en tant qu'échange économique, *Rev. d'économie industrielle*, n° 92, 2^{ème} et 3^{ème} trimestre 2000, p. 86 et s.

GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, Rapport français, in *La protection de la partie faible*

dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belges, GHESTIN (J.) (dir.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 261, 1996, p. 7 et s.

GOBERT (M.), Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, *RTD civ.* 1992.489.

- Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 2015, p. 161 et s.

GRIDEL (J.-P.), Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité, *D.* 2001, chron. p. 872 et s.

- Le refus de soin au risque de la mort, *Gaz. Pal.* 2003, doct., p. 97 et s.

GRIMALDI (M.), Succession et contrat, in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES SOMMIÈRES (P.) (dir.), Economica, 2001, p. 206 et s.

GROSSEN (J.-M.), Le secret de la vie privée et le droit, Rapport général, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées libanaises*, Tome XXV, 1974, p. 363 et s.

GUERARD (S.), Loi de programmation : Loi nouvelle ou contrat implicite ?, in *Approche critique de la contractualisation*, Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, LGDJ, 2007, p. 121 et s.

HABER (S.), L'autonomie sociale comme forme d'action. Le paradigme du travail, in *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, JOUAN (M.) et LAUGIER (S.) (dir.), PUF, Coll. Éthique et Philosophie morale, 2009, p. 280 et s.

HAGE-CHAHINE (F.), Essai d'une nouvelle classification des droits privés, *RTD civ.* 1982.705.

HARICHAUX (M.), Le corps objet, in *Bioéthique et droit*, PUF, 1988, p. 180 et s.

HASSLER (T.), Droits de la personnalité : crise d'identité, *LPA* 2004, p. 1 et s.

- Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image, *Légipresse*, 2007, II, p. 123 et s.

HAUSER (J.), La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques, in *La liberté de la personne sur son corps*, 2010, p. 101 et s.

- Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ?, in *Réflexions croisées, Majeurs protégés : retour sur une réforme d'envergure*, *Rev. Lamy droit civil*, 2011, p. 83 et s.

HEBRAUD (P.), Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. 2, Dalloz, Paris, 1960, p. 419 et s.

HECQUARD-THÉRON (M.), La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention, *AJDA* 1993, p. 451 et s.

HERMITTE (M.-A.), Le corps hors du commerce, hors du marché, in *La philosophie du droit aujourd'hui*, APD, t. XXXIII, Sirey, 1988, p. 323 et s.

HUET-WEILLER (D.), La protection juridique de la voix humaine, *RTD civ.* 1982.497.

HUGUET (F.), A propos du contrat de « sponsoring » : le parrainage publicitaire, *JCP C.I.* 1980, I, 8940.

HUMMEL (J.), L'autonomie illusoire de la volonté. Sur la « théorie pure du droit » de Schopenhauer, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Droit et philosophie, 2012, vol. 4, p. 209 et s.

IONASCO (A.), Le droit de repentir de l'auteur, *RIDA* 1975, p. 21 et s.

IVAINER (T.), Le contrat moderne face à la prolifération des « statuts des personnes », *JCP G* 1997, I, 2876.

JACK (A.), Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. crit. lég. et jurisp.*, 1933, p. 362 et s.

JAMIN (C.), La loi n°94-653 relative au respect du corps humain, *RTD civ.* 1994.934.

- Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 46 et s.

- Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXème siècle, Mélanges offerts à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

- Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, *D.* 2002, chron. 901.

- Quelle nouvelle crise du contrat, in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), Dalloz, Paris, 2003, p. 13 et s.

- Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), Economica, 2004, p. 159 et s.

- Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux, in *Repenser le contrat*, LEWCOWICZ (G.) et XIFARAS (M.), Dalloz, 2008, p. 177 et s.

JEAMMAUD (M.), Introduction à la sémantique de la régulation des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, CLAM (J.) et MARTIN (G.) (dir.), LGDJ, Paris, Coll. Droit et société, Recherches et travaux, 1998, p. 2 et s.

JEANNOT-PAGES (G.), L'image du sportif en droit français, *Légicom*, 2000, p. 107 et s.

JESTAZ (P.), Rapport de synthèse, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ droit prospectif*, 1988-3, p. 1181 et s.

- Quel contrat pour demain ?, in colloque, *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), Dalloz, Paris, 2003, p. 258 et s.

JOSEPH-RATINEAU (Y.), Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet, *D.* 2008.1035.

JOSSERAND (L.), La personne humaine dans le commerce juridique, *D.* 1932, chron. p. 1 et s.

- L'essor moderne du concept contractuel, in *Recueil d'études sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de F. GÉNY*, Sirey 1934, t. II p. 333 et s.

- La protection des faibles par le droit, Conférence donnée à Beyrouth en octobre 1934, in *Évolutions et actualités*, Sirey, 1936, p. 159 et s.

- Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTD civ.* 1937, 1.

- Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé), *D.* 1940, chron. p. 5 et s.

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), L'ordre public en droit privé interne, *Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 381 et s.

- Les droits de la personnalité dans le projet de réforme du Code civil, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées de Madrid*, Tome XIII, 1963, p. 169 et s.

KAYSER (P.), Les nullités d'ordre public, *RTD civ.* 1933.1115.

Le droit à l'image, in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 73 et s.

- Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, *RTD civ.* 1971.445.

- Un conflit de liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit de mécénat, *Études offertes à A. AUDINET*, PUF, 1968, p. 129 et s.

- Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée, *D.* 1989, chron. p. 153 et s.

- L'image des biens, *D.* 1995, chron. p. 291 et s.

KELLER (R.), Droit au respect de la vie et droits du patient : la question de l'interruption d'un traitement, *RFDA* 2014. 255.

KLEIN (J.), Le mandat de protection future enfin opérationnel, *AJ Famille*, 2009, 556.

LABBÉE (X.), Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, *D.* 1999, p. 437 et s.

- La famille homosexuelle polygame et incestueuse, *Gaz. Pal.* 28 mai 2015, n°148, p. 1 et s.

LABRUSSE RIOU (C.), La procréation artificielle, question de droit ?, *Projet*, n° 195, 1985, p. 120 et s.

- Expérimentation humaine et éthique, in *L'homme, la nature et le droit*, BOURGEOIS (C.) (dir.), 1988, p. 144 et s.

Droits de la personnalité et de la famille, in *Libertés et droits fondamentaux*, DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.) (dir.), Ed. Seuil, Coll. Points Essais, 1996, p. 269 et s.

- La relativité du contrat : les personnes, in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées nationales*, Tome IV, LGDJ, 2000 p. 6 et s.

- Introduction, in *Contrats et vivant*, BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.) (dir.), LGDJ, 2006, p. 15 et s.
LACORDAIRE, 52^{ème} conférence de Notre-Dame, 16 avril 1848.

LALIGANT (O.), La double fonction du maintien de l'usage du nom des époux divorcés, *RRJ*, 1986, p. 44 et s.

LAMARCHE (M.), Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels, *Dr. fam.* 2014, Focus 29.

LAMBOLEY (A.), Le refus de soin, l'éthique et la mort, *Rev. gén. dr. méd.* 2004, p. 123 et s.

LAZZERI (C.), Réification et reconnaissance. Une discussion avec Axel Honneth, in *Émancipation, individuation, subjectivation. Psychanalyse, philosophie et science sociale (fin)*, Revue du Mauss, 2/2011, n° 38, p. 259 et s.

LEBRETON (G.), Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, in *Mélanges P. GELARD*, Montchrestien, 1999, p. 53 et s.

LE BRIS (R.-F.), L'effet du divorce sur le nom des époux, *D.* 1965, chron. p. 141 et s.

LECA (A.), Corpus id est persona ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est – juridiques, historiques et prospectifs, p. 37 et s.

LÉCUYER (H.), Mariage et contrat, in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (dir.), Economica, Coll. Études Juridiques, 2002, p. 60 et s.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.), La contractualisation du lieu de travail : nouvelle donne, *D.* 2005.1978.

LEGENDRE (P.), Remarques sur la re-féodalisation de la France, in *Études en l'honneur de Georges DUPUIS*, LGDJ, Paris, 1997, p. 201 et s.

LELOUP (J.-M.), Le pseudonyme, *RTD civ.* 1963.449.

LEMMENICIER (B.), Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ?, *Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 13, 1991, p. 111 et s.

LEMOULAND (J.-J.) et MURAT (P.), Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille Aspects de droit civil extrapatrimonial, in *Les détournements en droit des personnes et de la famille, Dr. et patr.* 2011, p. 209 et s.

LEPAGE (A.), L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité ?, *Gaz. Pal.* 19 mai 2007, p. 43 et s.

LE POURHIET (A.-M.), Sur le projet de loi ouvrant le mariage au couple de même sexe. Les objections juridiques et les objections rationnelles et philosophiques, *Politique Autrement*, Novembre 2012.

LEQUETTE (Y.), Bilan des solidarismes contractuels, in *Mélanges offerts à P. DIDIER*, 2008, *Economica*, p. 247 et s.

LESSONA (S.), Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français, *RTD civ.* 1912.361.

LE TOURNEAU (P.), Quelques aspects de l'évolution des contrats, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz 1985 p. 349 et s.

LEVENEUR (L.), Le forçage du contrat, *Dr. et patr.*, mars 1998.

- La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), *AJDA* 1998.676.

- Le chaud et le froid pour le monde médical, in *Contrats, conc., consomm.* n° 10, oct. 2012, comm. 225.

LÉVI-SANDRI (L.), Observations sur la notion de droit du travail, sa nature, ses limites, in *Mélanges offerts à L. E. TROCLET*, Bruxelles, 1967, p. 195 et s.

LEWKOWICZ (G.) et XIFARAS (M.), Introduction, in *Repenser le contrat*, LEWCOWICZ (G.) et XIFARAS (M.) (dir.), Dalloz, Méthodes du Droit, 2008, p. 2 et s.

LINDON (R.), Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée, *JCP G* 1970, I, 2357.

- La nouvelle disposition législative relative à la transmission du nom, *D.* 1986, 1988.

LINDON (R.) et AMSON (D.), Une gestation difficile : le nom d'usage, *D.* 1986, chron. p. 267 et s.

LOISEAU (G.), Les contrats autorisant l'usage du nom, *Cah. dr. entr.*, 1998, n°2, p. 19 et s.

- L'autonomie du droit à l'image, *Légicom*, 1999, n°4, p. 71 et s.

- Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.* 2000.49.

- Le salaire de l'image, *Semaine sociale Lamy*, 2010, Supplément, n°1415.

LOKIEC (P.), La décision médicale, *RTD civ.* 2004, p. 641 et s.

- La contractualisation du licenciement, *Semaine sociale Lamy*, 2008.1367.

LUCAS (A.), L'énigmatique article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle, *JCP G* 2007, hors-série, p. 57 et s.

LUCHAIRE (F.), Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTD civ.* 1982, 254.

LUSTIGER (J. M.), La personne humaine, *D.* 1995, chron., p. 5 et s.

MACCIONI (H.), L'image de marque. Émergence d'un concept juridique, *JCP G* 1996, I, 3934.

MALAURIE (P.), Rapport sur l'ordre public et les bonnes mœurs, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, Tome VII, 1952, p. 748 et s.

- Le secret et le droit. Une petite anthologie littéraire, in *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1997, Tome I, p. 103 et s.

- Le droit civil des contrats à la fin du XXème siècle, in *Mélanges offerts à M. CABRILLAC*, Litec 1999, p. 190 et s.

- Regards sur le formalisme en droit privé, *Deffrénois*, 30 mars 2005, p. 481 et s.

MALJEAN-DUBOIS (S.), Bioéthique et droit international, in *Annuaire français de droit international*, CNRS Éditions, 2000, p. 83 et s.

MARGUÉNAUD (J.-P.) et MOULY (J.), Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'Homme, *D.* 2006. 477.

MARTIN (L.), Le secret de la vie privée, *RTD civ.* 1959.227.

MARTIN (R.), Personne et sujet de droit, *RTD civ.* 1981, p. 785 et s.

- Personne, corps et volonté, *D.* 2000, Chron. p. 505 et s.

MASSIP (J.), Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille, *Deffrénois* 1990, p. 149 et s.

- L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée, *Deffrénois*, 15 févr. 1995, p. 65 et s.

- Le nom de famille, commentaire de la loi n°2002-304, de la loi n°2003-516 du 18 juin 2003 et de leurs textes d'application, *Deffrénois* 2005, art. 38105, p. 272 et s.

- Le mandat de protection future, *Gaz. Pal.*, 2008, 1513.

MATHIEU (B.), Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme, *D.* 1995. 211.

- La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?, *D.* 1996, chron. p. 282 et s.

- La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel, in *Le droit, la médecine, et l'être humain*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, PUAM, 1996, p. 220 et s.

MATTÉI (J.-F.), La vie en question, pour une éthique biomédicale, Rapp. au Premier Ministre, *Doc. fr.* 1994.

MAUL (K.), Sujet particulier : le droit au nom, in *Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées de Madrid*, Tome XIII, 1963, p. 88 et s.

MAURIN (L.), Colloque « Soft law et droits fondamentaux », CRJ Grenoble, les 4 et 5 févr. 2016.

MAZEAUD (D.), Le nouvel ordre contractuel, *RDC*, 2003, p. 295 et s.

MAZEAUD (H.), Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence, *D.* 1959, chron. p. 133 et s.

MAZIAU (N.), Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française, *RDSS* 1999. 469.

MEKKI (M.), Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC*, 1^{er} avril 2006, n°2, p. 297 et s.

- Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 340 et s.

- Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *Rev. des contrats*, 01- 01. 10, n° 1, p. 383 et s.

- Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *D.* 2015. 816.

- L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *D.* 2016. 494.

MELIN (F.), La personne de confiance à l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, in *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté du droit médical ?*, PUF, 2003, p. 111 et s.

MÉMETEAU (G.), La situation juridique de l'enfant conçu, De la rigueur classique à l'exaltation baroque, *RTD civ.* 1990, p. 611 et s.

- Vie biologique et personnalité juridique, in *4^{ème} Journées René SAVATIER*, Poitiers, PUF, 1994, p. 21 et s.

MESTRE (J.), La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, *JCP* 1974, I, 2623, n° 4.

- D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, *RTD civ.*, 1986.101.

- L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER*, PUF 1986, p. 40 et s.

- Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations, *Rev. Lamy Dr. Civ.*, 2016. 136.
- MESTRE (J.) et FAGES (B.)**, Contrat et hiérarchie des normes, *RTD civ.* 2002.991.
- MEULDERS-KLEIN (M.-T.)**, Vie privée, vie familiale et droits de l'homme, *RID comp.* 1992.767.
- Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public, in *Droit civil, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 321 et s.
- MIRKOVIC (A.)**, La ratification (enfin !) de la Convention Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, *D.* 2012, 110.
- MOLFESSIS (N.)**, La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, p. 115 et s.
- MONEBOULOU MINKADA (H. M.)**, La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle, *Juridical Tribune*, Vol. 4, Issue 1, june 2014, p. 89 et s.
- NEIRINCK (C.)**, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique, in *Mélanges C. BOLZE*, Economica, 1999, p. 39 et s.
- L'embryon humain ; une catégorie juridique à dimension variable ?, *D.* 2003. 84.
- NERSON (R.)**, La protection de la personnalité en droit privé français, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées de Madrid*, Tome XIII, 1963, p. 60 et s.
- L'influence de la biologie et de la médecine sur le droit civil, *RTD civ.* 1970.661.
- NICOLAS (G.)**, Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ?, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, préc., p. 86 et s.
- NOGUERO (D.)**, Interrogations au sujet du mandat de protection future, *D.* 2006, chron. p. 1133 et s.
- NUYTEN (B.) et LESAGE (L.)**, Regards sur les notions de formalisme et de consensualisme, *Répertoire du notariat Defrénois*, t. 8, 1998, p. 497 et s.
- OWEN (H.) et SCHULTZE (C.)**, *Setting National Priorities : the Next Ten Years*, Washington, The Brookings, septembre 1976.
- PARISOT (B.)**, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur, *D.* 1972, chron. p. 71 et s.
- PÉDROT (P.)**, Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé, *JCP* 1991, I, 3483.
- La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ?, in *Mélanges C. BOLZE*, Economica, 1999, p. XI et s.

PEIS-HITIER (M.-P.), Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine, *D.* 2005, p. 865 et s.

PENNA (M.), Les origines historiques de l'article 6 du Code civil, *RRJ* 1992, p. 499 et s.

PÉRELMAN (C.), Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse, in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 363 et s.

PÉROT-MOREL (M.-A.), L'usage du nom patronymique d'autrui à titre de marque, *Études de propriété intellectuelle, Hommage à H. DESBOIS*, Dalloz, 1974, p. 181 et s.

PERREAU (H.), Des droits de la personnalité, *RTD civ.* 1909.501.

PERREAU-BILLARD (F.), Le majeur à protéger, le mandat de protection future, *AJ Famille*, 2007, 213.

PERRET (H.), La personne humaine dans l'ordre du droit, in *Mélanges BRETHER DE LA GRESSAYE*, Éditions Bière, Bordeaux, 1969, p. 589 et s.

PESKINE (E.), Contractualisation et droit du travail : de l'entreprise au réseau, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET et HIEZ (D.) (dir.), PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, 2007, p. 47 et s.

PICARD (E.), Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2001, p. 17 et s.

PIGNARRE (G.), Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ?, *Rev. des contrats*, 1^{er} janvier 2013, p. 251 et s.

PLAISANT (R.), Les conventions relatives au droit moral de l'auteur, *Études de propriété intellectuelle, Hommage à Henri DESBOIS*, Dalloz, 1974, p. 63 et s.

PLESSIX (B.), Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence, *Annuaire de l'Institut M. Villey*, 2012, Vol. 4, spéc. p. 286 et s.

PLOUVIEZ (M.), Durkheim et l'histoire du droit contractuel. Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté, *Annuaire de l'Institut M. Villey, Droit et Philosophie*, 2012, vol. 4, p. 72 et s.

POLLAUD-DULIAN (F.), Le droit moral en France dans la jurisprudence récente, *R.I.D.A.*, 1990, p. 127 et s.

- L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial, *JCP G* 1992, I, 3618.

- Abus de droit et droit moral, *D.* 1993, chron. p. 97 et s.

- Droit moral et droits de la personnalité, *JCP* 1994, I, 3780.

POSTEL (N.), Contrat, coercition et institution : un regard d'économiste, in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), LGDJ, Coll. Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, 2007, p. 92 et s.

- Le pluralisme est mort, vive le pluralisme !, *Rev. L'économie politique*, avril 2011, n° 050.

POUMARÈDE (M.), Encadrer ou favoriser le progrès ? L'exemple de la sécurité des produits, in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, M. Nicod (dir.), Actes du colloque des 19 et 20 oct. 2006, Coll. Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, n° 7, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2008.

PRADEL (J.), Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée, *D.* 1970, chron. p. 111 et s.

PRÉVOST (X.), La réticence des humanistes envers le consensualisme, *Rev. des contrats* 31 mars 2015, p. 40 et s.

PRINET (M.), Changements de nom de famille, *Revue du XVIème siècle*, 1917, p. 1 et s.

PROTAIS (A.), Accompagnement de la fin de vie et droit pénal, *JCP G*, 2004, I, 130.

PUIG (P.), Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.* 2001.749.

- Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative, in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Actes, 2008, p. 303 et s.

- Formation du contrat et droits fondamentaux : regard privatiste, in *Contrats et libertés fondamentaux*, PÉLISSIER (A.) et COSTA (D.) (dir.), PUAM, 2011, p. 21 et s.

PUTMAN (E.), Kant et la théorie du contrat, *Rev. de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1996.

RAOUL-CORMEIL (G.), Les directives anticipées sur la fin de vie médicalisée. Commentaire du décret n° 2006-119 du 6 février 2006 pris en application de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie, *RLDC* 2006/30, n° 2209.

RAYNAUD (P.), La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil, *RTD civ.* 1936.763.

- Préface, in *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, HAUSER (J.) (dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, p. I et s.

- L'enfant peut-il être objet de droits ?, *D.* 1987, chron. p. 189 et s.

REBOUL (Y.), Le régime juridique de l'interview, *R.I.D.A.*, 1987, p. 55 et s.

RÉMY (P.), Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *Le droit contemporain des contrats*, CADIET (L.) (dir.), 1987, p. 272 et s.

- La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux-concept, *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.
- La genèse du solidarisme, in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), Economica, 2004, p. 3 et s.
- REVET (T.)**, L'objet du contrat de travail, *Dr. Soc.* 1992, p. 859 et s.
- L'argent et la personne, in *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, Tome I, p. 141 et s.
- La dignité de la personne humaine en droit du travail, in *La dignité de la personne humaine*, REVET (T.) et PAVIA (M.-L.) (dir.), Economica, 1999, p. 146 et s.
- L'image de la personne est un bien, *RTD civ.* 2009. 342.
- RIOU (N.)**, En guide de postface...entretien avec Gilles Lipovetsky, in *Pub Fiction*, Éditions d'organisation, 2002, p.156 et s.
- ROBERT (J.)**, Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français, in *Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées Belges*, Tome XXVI, 1975, p. 463 et s.
- ROBERT (L.)**, Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues, in *La revue des droits de l'homme*, 8/2015 (en ligne).
- De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 499 et s.
- ROCHFELD (J.)**, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique, *RDC* 2006. 665.
- Contrat, responsabilité, parenté : un mélange détonnant, *RTD civ.* 2006. 395.
- La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique », in *Repenser le contrat*, LEWCOWICZ (G.) et XIFARAS (M.) (dir.), Dalloz, Méthodes du Droit, 2008, p. 294 et s.
- ROLIN (F.)**, Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le contrat de responsabilité parentale, *RDC* 2006. 849.
- Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, *RDSS* 2007. 38.
- ROLLAND (L.)**, « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons, *Mc Gill Law Journal*, 2006.765.
- ROMAN (D.)**, Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée, *RDSS* 2005, p. 423 et s.
- Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne, *RDSS* 2008. 267.
- ROUBIER (P.)**, Délimitation et intérêt pratique de la catégorie des droits subjectifs, *Arch. philo. droit*, 1964, p. 83 et s.

ROUHETTE (G.), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in *Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 247 et s.

- La force obligatoire du contrat, in *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, TALLON (D.) et HARRIS (D.) (dir.), LGDJ, 1987, p. 27 et s.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral de l'auteur, *Études offertes à J. LAMBERT*, Cujas, 1975, p. 555 et s.

- La gestation pour autrui, *D.* 1985, chron. p. 10 et s.

SAINT-JAMES (V.), Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, *D.* 1997, chron. p. 61 et s.

SAINT-PAU (J.-C.), L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité, *D.* 1999, p. 541 et s.

SAINTE-ROSE (J.), L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ?, *La semaine juridique, Éd. G.*, 22 déc. 2004, n° 52, doct. 194.

SARRAUTE (R.), La loi du 11 mars 1957 et le droit moral de l'auteur, *Gaz. Pal.* 1959, 2, doct. p. 2 et s.

SAVATIER (J.), Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, *LPA*, n° spécial, 14 décembre 1994, p. 8 et s.

SAVATIER (R.), De sanguine jus, *D.* 1954, chron. p. 141 et s.

- La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, *JCP G* 1957, I, 1398.

- Les droits de la personne à l'échelle des valeurs, in *Mélanges V. GOTHOT*, 1962, p. 567 et s.

- Conclusion générale, in *Le corps humain et le droit, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées Belges de Bruxelles, Liège, Gand et Louvain*, 1977, Dalloz, p. 536 et s.

- L'inflation législative et l'indigestion du corps social, *D.* 1977. 43.

SAVAUX (É.), La fin de la responsabilité contractuelle ?, *RTD civ.* 1999, p. 1 et s.

SÉRIAUX (A.), La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *RTD civ.* 1994.801.

SERNA (M.), L'image et le contrat : le contrat d'image, *C.C.C.*, nov. 1998, doct. p. 4 et s.

- La voix et le contrat : le contrat sur la voix, *C.C.C.*, sept. 1999, doct. p. 4 et s.

SERVERIN (É.), Propos croisés entre droit et économie sur la place de l'incertitude dans le contrat, *Sociologie du travail*, n° 4, 1996, p. 609 et s.

- Lectures socio-juridiques sur l'État et le contrat, in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), LGDJ, Coll. Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, 2007, p. 95 et s.

SILZ (E.), La notion juridique de droit moral de l'auteur, *RTD civ.* 1933.331.

SIRINELLI (P.), Le contrat obligatoire pour céder les droits d'auteur, *Expertises* mai 1992, p. 184 et s.

SPITZ (J.-F.), « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007.281.

STOFFEL-MUNCK (P.), L'imprévision et la réforme des effets du contrat, *Rev. des contrats*, Hors-Série, 1^{er} avril 2016.

STOUFFLET (J.), Le droit de la personne sur son image. Quelques remarques sur la personnalité, *JCP G* 1957, I, 1374.

STOYANOVITCH (K.), La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis, *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968.

STRÖMHOLM (S.), Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Étude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957, in *Études de propriété intellectuelle, Hommage à Henri Desbois*, Dalloz, 1974, p. 73 et s.

SUEUR (-J.), Médias et dignité de la personne, in *Mélanges C. BOLZE*, Economica, 1999, p. 65 et s.

SUPIOT (A.), La contractualisation de la société, intervention à l'Université de tous les savoirs, in *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, Odile Jacob 2000, p. 155 et s.

- Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Droit social* 2003, p. 59 et s.

- Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Actes, 2008, p. 320 et s.

TAGLIONE (C.), La personne de confiance : facteurs de progrès ou source de difficulté à venir ?, *RGDM* 2005, n° 17, p. 397 et s.

TALLON (D.), L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, *RTD civ.* 1994, p.223 et s.

TERCIER (P.), Droit civil - Rapport général, in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées suisses, t. XXXIV, Paris, Economica, 1985, p. 25 et s.

TERRÉ (F.), La polémique sur le « droit à l'image », *Le Figaro*, 16 sept. 1999, p. 131 et s.

- Rapport de synthèse, in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES SOMMIÈRES, Economica, 2002, p. 316 et s.

THÉRY (R.), La condition juridique de l'embryon et du fœtus, *D.* 1982, chron. p. 231 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.

- Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599 et s.

THIERRY (D.), La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, *RDSS* 2012. 839.

THOLOZAN (O.), La réification du corps humain en droit civil français, in *De jure corporis ou la réification du corps humain*, Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est – juridiques, historiques et prospectifs, 2004, p. 13 et s.

THOUVENIN (D.), La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?, *ALD* 1989, p. 89 et s.

- La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique, *LPA*, 14 déc. 1994, n° 149, p. 25 et s.

- Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique ?, *ALD* 1995, p. 149 et s.

- Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin, *D.* 2001.3470.

TRUCHET (D.), La dignité et les autres domaines du droit, *RFDA* 2015.1094.

VANDENBERGHE (F.), Réification sociale et chosification méthodologique, in *L'Homme et la société*, 1992, vol. 103, p. 81 et s.

VAN DER MADE (R.), La répression du suicide, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1948, p. 22 et s.

VERGNAUD (P.), Les droits du peintre sur son œuvre, *JCP G* 1966, I, 1975.

VERKINDT (P.-Y.), Derrière le contrat, le lien, Préface, in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), LGDJ, Coll. Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, 2007, p. 7 et s.

VÉRON (M.), La responsabilité pénale du médecin, Les autres cas de responsabilité pénale, in *Droit médical et hospitalier*, Litec, 1995, Fasc. 21, n° 10, p. 6 et s.

VEYSSIÈRE (L.), Statut juridique des comédiens et mannequins de films publicitaires, *Gaz. Pal.* 1996, 1, doct. p. 528 et s.

VIALLA (F.), De l'obstination dans l'acharnement, à propos de TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 0622251, *LPA*, 2 avr. 2010, n° 66, p. 1 et s.

VIGOUROUX (C.), Du droit « mou » au droit « souple », *AJDA* 2013, p. 1825 et s.

VILLEY (M.), Essor et décadence du volontarisme juridique, *Arch. Phil. Droit* 1957. 97.

- Origines historiques de la notion de droit subjectif, *Arch. philo. droit*, 1963-64, p. 163 et s.

- Préface historique à l'étude des notions de contrat, *Arch. Phil. Du Droit.*, Tome 13, 1968, p. 3 et s.

VISSERT'HOOF (H.-P.), Les actes de disposition relatifs au corps humain, quelques remarques philosophiques, *Arch. philo. droit*, 1979, p. 87 et s.

VIVANT (M.), Le patronyme saisi par le patrimoine, in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 517 et s.

WEIL (L.), La dignité de la personne humaine en droit administratif, in *La dignité de la personne humaine*, REVET (T.) et PAVIA (M.-L.) (dir.), Economica, 1999, p. 105 et s.

WIEDERKEHR (G.), Nature juridique du droit au nom, *Arch. philo. droit*, 1966, p. 341 et s.

ZAKI (M. S.), Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre, *RID comp.*, 1986, n° 99, p. 1079 et s.

ZÉNATTI (F.), *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *RTD civ.* 1993.305.

- Choses hors commerce, *RTD civ.*, 1996, p. 420 et s.

VII. JURISPRUDENCES

1. Juridictions judiciaires

a. Juridictions du fond

Trib. Corr. Seine, 14 mars 1844, *Gaz. Trib.* du 15 mars.

Trib. civil. Seine, 6 avr. 1949, Pierre Blanchar et autres c/ Sté Ets Gaumont.

Trib. Civ. Seine, 15 juin 1961, *D.* 1962, p. 173, note G. L.-C. ; *Gaz. Pal.* 1962, doct. p. 21, obs. SARRAUTE ; *RTD com.* 1962.262, obs. H. DESBOIS.

TGI Seine, 25 juin 1966, *JCP G* 1966, II, n° 14875.

TGI Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970, jur., p. 136, note J.-P., *Gaz. Pal.* 1969, 2, jur., p. 57, note A. T.

TGI Paris, 2 oct. 1969, *RIDA* 1970, n° 63, p. 235.

TGI Paris, 8 nov. 1973, *D.* 1975, jur. p. 401, note M. PUECH ; *RTD civ.* 1974. 806, obs. Y. LOUSSOUAM.

TGI Paris, 10 juil. 1974, somm., p. 34, *JCP G* 1974, II, 17831, obs. R. LINDON ; *RTD com.* 1975.514, n°5, obs. H. DESBOIS.

TGI Paris, 19 mai 1982, *D.* 1983, p. 147, note R. LINDON.

TGI Paris, 4 juil. 1984, *D.* 1985, *IR* 18.

TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *JCP* 1984, II, 2032, note CORONNE.

TGI Paris, 26 sept. 1984, *D.* 1985, *I.R.*, p. 164, obs. R. LINDON.

TGI Paris, 7 janv. 1987, *Juris-Data* n° 040306.

TGI Paris, 4 févr. 1988, *JCP G* 1988, II, n° 21107, note E. AGOSTINI.

TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP G* 1994, II, 22250, note C. NEIRINCK.

TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, *D.* 1995, jur., p.569, note B. EDELMAN.

TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 88, note Ch. ALLEAUME.

TGI Marseille, 15 avril 2004, *RJS* 2004/6, n° 729, *Dr. soc.* 2004. 541, note A. SUPIOT ; *RTD civ.* 2004. 594, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; *RDC* 2005. 257, obs. J. ROCHFELD.

TGI Paris, 27 septembre 2004, *D.* 2005, pan., p. 2644.

TGI Pontoise, 2 février 2005, *D.* 2005, tribune p. 513, note C. CARON.

TGI Dijon, ord. réf. n° 94/ 08, 17 mars 2008.

TGI Nanterre, 25 sept. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 134.

b. Cour d'appel

CA Paris, 11 janv. 1828, *Rép. méth.*, Dalloz, 1857, t. 38, propr. litt. et art. n° 319, p. 492.

CA Lyon, 17 juill. 1845, *DP* 1845. 2. 128.

C.A. Lyon, 27 juin 1913, *D.* 1914, 2, 73, note H. LALOU.

CA Paris, 17 mars 1966, *D.* 1966, jur. p. 749.

CA Paris, 22 mars 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 2, 131, 1^{ère} esp.

CA Paris, 15 nov. 1966, *D.* 1967, p. 284 ; *RTD com.* 1967, p. 153 et p. 157, obs. H. DESBOIS ; *RTD civ.* 1967, p. 188, obs. G. CORNU.

CA Paris, 21 janv. 1972, *RTD civ.* 1972. 589, obs. R. NERSON.

CA Paris, 2 mai 1975, *JCP G* 1979, II, 19110, note LEDUC.

CA Paris, 14 mai 1975, *D.* 1976. 291, note R. LINDON.

CA Paris, 7 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 1, 802, note L. C. ; *JCP G* 1976, II, 18418, obs. R. LINDON.

CA Paris, 20 mars 1985, *D.* 1985, I.R., p. 324, obs. R. LINDON.

CA Paris, 27 janv. 1989, *JCP G* 1989, II, n° 21325, note E. AGOSTINI.

CA Paris, 15 juin 1990, *JCP G* 1991, II, n° 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU.

CA Paris, 18 mars 1991, *D.* 1991, I.R., p. 1091.

CA Versailles, 27 mai 1993, *Juris-Data*, n° 044453.

CA Paris, 20 sept. 1995, *Gaz. Pal.* 1996, 1, somm. p. 178.

CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, jur., p. 617, note B. EDELMAN.

CA Paris, 10 sept. 1996, *RD propr. int.* 1996, n° 68, p. 9.

CA Versailles, 11 mars 1998, *D.* 1998, *IR* 230.

CA Paris, 6 juin 2000, *Propr. intell.* 2001, p. 61, obs. A. LUCAS.

CA Paris, 29 sept. 2000, *D.*, 2001.1585, *D.*, 2001.1585, note C. DUVERT.

CA Paris, 27 sept. 2001, *CCE* 2002. comm. 15, obs. A. LEPAGE.

CA Paris, 14 nov. 2001, n° 2000/18712.

CA Versailles, 2 mai 2002, *Légipresse* 2002, I, p. 69.

CA Toulouse, 5 sept. 2002, *CCE* 2003. comm. 10, obs. A. LEPAGE.

CA Paris, 7 oct. 2003, *Gaz. Pal.* 2003, p. 347 ; *Légipresse* 2003, p. 167, note E. DERIEUX.

CA Paris, 28 oct. 2003, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 13, note C. CARON.

CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2003, *CCE* 2004. comm. 49, obs. A. LEPAGE.

CA Versailles, 22 septembre 2005, *D.* 2006, Pan., 2705, obs. L. MARINO, *CCE* 2006, comm. 4, obs. Ch. CARON, *Légipresse* 2006, III, p. 109, note J.-M. BRUGIÈRE.

c. Cour de cassation

Cass. 14 juin 1858, *D.P.* 1858, 1, p. 247.

Cass. civ., 28 juin 1887, *S.* 1887, 1, p. 380.

Cass., 14 mars 1900, *D.P.* 1900, I, p. 497, note M. PLANIOL, rapp. C. RAU, concl. DES-JARDINS ; *S.* 1900, I, p. 489, note anonyme.

Cass. civ., 20 mars 1929, *D. P.* 1930, 1, p. 13.

Cass. req., 14 avr. 1934, *DH*, 1934.265.

Cass., 20 mai 1936, Mercier, *DP* 1936, I, p. 88, concl. P. MATTER, rapp. JOSSERAND ; *S.* 1937, 1, p. 321, note A. BRETON.

Cass. req., 28 janvier 1942, *DC.* 1942. J. 63, *Gaz. Pal.* 1942-1, p. 177.

Cass. civ. 29 mai 1951, *D.* 1952. 53, note R. SAVATIER ; *S.* 1953, 41, note R. NERSON ; *JCP* 1951, II, 6421, note R. PERROT ; *RTD civ.* 1951, 508, obs. H. et L. MAZEAUD.

Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1961, *Bull. civ.* 1961, I, n°323.

Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 1966, *Bull. civ.* I, n° 518, *D.* 1967, p. 485, note H. DESBOIS ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, 175, note R. SARRAUTE et M. GORLINE ; *JCP G* 1968, II, 15331, obs. PLAISANT.

Cass. 1^{ère} civ., 15 janv. 1970, *D.* 1970, p. 483.

Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, I, n° 21 ; *RTD com.* 1972, p. 103, obs. H. DESBOIS.

Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 1979, *RFD com.* 1980, p. 80, obs. A. FRANCON.

Cass. 3^{ème} civ., 12 juil. 1983, *Bull. civ.* III, n°165, p. 126.

Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1984, n° 83-11.786, *D.* 1985, *I.R.*, p. 166, obs. R. LINDON.

Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n°95, *D.* 1985, p. 471 note J. GHESTIN ; *JCP* 1985, II, 20400, concl. M. MONTANIER, note G. BONET ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 246, rapport G. LE TALLEC ; *Rev. des sociétés*, 1985, p. 607, note G. PARLEANI ; *RTD com.* 1986, p. 245, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA ; *RTD civ.* 1987, p. 83, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1986, n° 83-13.144, *Bull. civ.* 1986, I, n° 12 ; *JCP G* 1987, II, p. 20872, note R. PLAISANT ; *RTD com.* 1987, p. 198, obs. A. FRANCON.

Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 280.

Cass. 1^{ère} civ., 21 févr. 1989, *Bull. civ.* I, n° 90.

Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-16.305, *RIDA*, avr. 1990, p. 199, obs. A. KEREVER.

Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 157 ; *RIDA* n° 151, janv. 1992, p. 272, note P. SIRINELLI ; *RTD com.* 1991, p. 592, obs. A. FRANCON ; *JCP* 1991, II, 21760, note F. POLLAUD-DULLIAN ; *D.* 1992, somm. comm. p. 15, obs. C. COLOMBET.

Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENI ; *JCP G* 1991, II, n° 21752, comm. J. BERNARD, concl. DONTENWILLE, note F. TERRÉ ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *Defrénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP.

Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1991, n° 90-12.476, *Bull. civ. I*, n° 253.

Cass. com., 15 oct. 1991, n° 89-19.122.

Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1992, n° 80-10.870, *Bull. civ. I*, n° 16.

Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 315 ; *JCP E* 1993, I, 246, n° 4, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *RIDA* avr. 1993, p. 193, note P. SIRINELLI.

Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n° 91-15.915, *JCP G* 1993, II, n° 22161, note J. RAYNARD ; *D.* 1994, jur., p. 78, note A. FRANCON.

Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, *D.* 1993, jurisp. p. 166, note P.-Y. GAUTIER, et somm. p. 280, obs. Th. HASSLER ; *RTD com.* 1994, p. 272, note A. FRANCON ; *RJDA* 1994, n° 01, note E. DE GAULLE.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1995, *Bull. civ. I*, n° 159 ; *Dr. et patr.*, oct. 1995, 97, obs. F. CHABAS.

Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *Gaz. Pal.* 1997, 1, 274, rapp. P. SARGOS ; *D.* 1997, Somm. 319, obs. J. PENNEAU ; *JCP* 1997. I. 4025, obs. G. VINEY ; *CCC* 1997, comm. 76 et chron. 5, par L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997. 751, obs. J.-L. AUBERT ; *RCA* 1997, chron. 8, par C. LAPOYADE-DESCHAMPS ; *RTD civ.* 1997. 434, obs. P. JOURDAIN, et 924, obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, *JCP G* 1997, II, 22942, rapp. P. SARGOS ; *Resp. civ. et ass.*, 1997. comm. 372, obs. J. MESTRE.

Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1998, n°95-13.694, *JCP G*, II, 1082, p. 921, note G. LOISEAU ; *RTD civ.* ; *D.* 1999, p. 120, note J. RAVANAS ; *D.* 1999, som. p. 167, note Ch. BIGOT.

Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1998, n°96-15.610, *D.* 1999, p. 541, note J. SAINT-PAU.

Cass. crim., 20 oct. 1998, n°97-84621, *Bull. crim.*, n°264.

Cass. crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 165, *JCP G* 2000, II, 10231, note G. FAURE.

Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-20.633, *D.* 2001, p. 1571, note J. RAVANAS.

Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, n° 98-13.875, *Lettre Lamy droit des médias et de la communication* 2001, n° 11, p. 4, obs. G. SIMON.

Cass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, *D.* 2001. 2917, note Y. MAYAUD ; *JCP G* 2001, II, n° 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. ROSSAT.

Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *LPA* 2001, n° 243, p. 1, note C. CLÉMENT ; *D.* 2001.3470, obs. D. THOUVENIN.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090.

Cass. crim. 25 juin 2002, *D.* 2003, somm. 660, obs. F. PLANCKEE.

Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192, *D. Aff.* 2003, p. 2228, note G. LOISEAU ; *D. Aff.* 2003, p. 2629, obs. S. DURRANDE ; *RTD civ.* 2003, p. 679, obs. J. HAUSER ; *JCP E* 2003, chron., p. 1434 ; *D.* 2003, act., p. 1565, obs. J. DALEAU ; *Rev. Sociétés* 2003, p. 548, note G. PARLEANI ; *Bull. Joly* 2003, p. 921, note P. LE CANNU ; *D. Aff.* 2004, p. 265, note J.-C. HALLOUIN.

Cass. crim. 2 déc. 2003, *D.* 2004. 449, note J. PRADEL, *JCP* 2004, II, 10054, note A.-F. EYRAUD.

Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.927, *RLDC* 2004/2, n° 72, *Dr. fam.* 2004, n° 17, p. 21, obs. P. MURAT.

Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 88, obs. J. HAUSER.

Cass. soc. 31 janv. 2007, n° 04-19.464, *Bull. civ.* V, n° 15, *D.* 2007. 988, Rapp. J. CHAUVIRE et p. 1469, note C. WILLMANN ; *RTD civ.* 2007. 503, obs. P. JACQUES ; *RDC* 2007. 1085, obs. J. ROCHFELD.

Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301, *D.* 2008, p. 192, note P. SARGOS ; *RDC* 2008, p. 769, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2008, p. 303, obs. P. JOURDAIN.

Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494, *JCP* 2009.II.10025, note G. LOISEAU.

Cass. crim., 13 janv. 2009, *D.* 2009, 1935, note B. LAVAUD-LEGENDRE.

Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2009, n° 08-10.804, *AJ famille* 2009, p. 263, obs. L. PECAUT-RIVOLIER.

Cass. 1^{ère} civ., 8 avr. 2009, n° 07-21.488, *AJ famille* 2009, p. 263, obs. L. PECAUT-RIVOLIER.

Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 09-10.127, *AJ famille* 2009, p. 457, obs. L. PECAUT-RIVOLIER.

Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2010, n° 08-70.248.

Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. civ.* 2010, I, n° 128, *D.* 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; *JCP G* 2010, p. 788, note S. PORCHY-SIMON ; *RDC* 2010, p. 1235, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2010, p. 571, obs. P. JOURDAIN.

Cass. 1^{ère} civ., 14 oct. 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 200, n° 09-69.195.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n° 11-18.327.

Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *D.* 2011.1204, note D. NOGUERO ; *JCP N*, 2011, 1115, p. 37, note D. BOULANGER ; *JCP*, 2011, 416, p. 691, note N. PETERKA ; *Dr. fam*, 2011, n° 42, note I. MARIA ; *AJ Fam.*, 2011, note Th. VERHEYDE ; *Defrénois* 2011, art. 39224, p. 690, note J. MASSIP ; *RJPF*, avril 2011, 11, note A. CARON-DEGLISE ; *LPA*, 17 févr. 2011, p. 10, note L. GATTI.

Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2012, n° 11-18.928, *Contrats, conc., consomm.* n° 10, oct. 2012.225 comm. L. LEVENEUR.

2. Juridictions administratives.

a. Juridictions du fond

TA Amiens, 9 mars 2004, *D.* 2004.1051, note X. LABBÉE ; *JCP G* 2005.II.10003, note I. COPPART ; *RTD civ.* 2004.488, obs. J. HAUSER.

TA Nîmes, 2 juin 2009, n°0622251, *LPA*, 2 avr. 2010, n°66, p. 10, note F. VIALLA.

b. Cour d'appel

CAA Paris, plén., 9 juin 1998, n° 95PA03104, *Gaz. Pal.* 16 juin 1999, I, p. 85, note J.-B. BLADER ; *LPA* 23 avr. 1999, p. 11, note G. MÉMETEAU.

CAA Douai, 6 déc. 2005, *D.* 2006.1205, obs. crit. J.-Ch. GALLOUX ; *RJPF* 2006, n° 6, p. 10, note R. EGEE ; *RTD civ.* 2006.87, obs. J. HAUSER.

c. Conseil d'État

CE, ass. 2 juil. 1993, *Milhaud*, *Rec.* 1994, concl. KESSLER, *R.F.D.A.* 1993, 1002 et *R.D.S.S.* 1994, 52 ; *A.J.D.A.* 1993, 530, chron. MAUGÛE et D. THOUVENIN ; *D.* 1994, 74, note PEYRICAL ; *JCP* 1993, II, 22133, note GONOD ; *LPA*, 2 déc. 1994, note SCHAERGIS.

CE, ass, 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *D.* 1996, jur. p. 177, note G. LEBRETON ; *JCP G* 1996, II, n° 22630, note F. HAMON ; *RDP* 1996, p. 536, note M. GROS et J.-C. FROMENT ; *LPA* 1996, n° 11, p. 28, note M.-C. ROUAULT.

CE, ass. 27 oct. 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *D.* 1996, jur. p. 177, note G. LEBRETON ; *JCP G* 1996, II, n° 22630, note F. HAMON ; *RDP* 1996, p. 536, note M. GROS et J.-C. FROMENT ; *LPA* 1996, n° 11, p. 28, note M.-C. ROUAULT.

CE, 29 déc. 2000, 4^{ème} et 6^{ème} sous-sections réunies, n° 212816, Duffau, *Leb.*

CE, 11 juillet 2001, Paris, Francis Lefebvre, *Rev. de jurisp. soc.*, 2001, n° 1157 et 1168.

CE, 26 oct. 2001, dame Seranayaké, *JCP G* 2002.II.10025, note J. MOREAU ; *RTD civ.* 2002.484, obs. J. HAUSER.

CE, ord. Réf., 16 août 2002, n° 249552, JurisData n° 2002-064221.

CE, 8 sept. 2005, *JCP G* 2005, II, 10145, *D.* 2006, 124, note X. BIOY.

CE, 27 avr. 2011, n° 314577, *JCP G* 2011, n° 29, 872, note J. ANTIPPAS.

CE, 24 juin 2014, req. N° 375081, *Mme F...I...et autres*.

3. Jurisprudences européennes.

Cour EDH, 2 mars 1983, X. c/ Danemark, déc. et rapp. vol. 32, p. 286.

CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-404/92P, X c/ Commission.

Cour EDH, 24 oct. 1996, *Fleur de Marie*, req. n° 22500/93, *JCP G* 1997.I.4000, n° 32, obs. F. SUDRE.

CJCE, 9 oct. 2001, *Pays-Bas/Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, § 70.

Cour EDH, 21 février 2002, aff. 42409/98, Schüssel c/ Autriche, § 2.

Cour EDH, 29 avr. 2002, aff. 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *Rev. jur. pers. et fam.*, n° 7-8, 1^{er} juil. 2002, obs. E. GARAUD.

Cour EDH, 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, *D.* 2007.1108, obs. J. Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *JCP G* 2006.I.164, n° 7, obs. F. SUDRE.

Cour EDH, 10 avr. 2007, aff. 6339/05, *JCP G* 2006, I, n° 164, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2007, II, n° 10097, note B. MATHIEU.

Cour EDH, 22 janv. 2008, Gr. Ch. E. B. c./ France, req. n° 43546/02., obs. D.-L.

Cour EDH, 23 juil. 2009, req. 12268/03, *JCP G* 2010, 70, n° 18, obs. F. SUDRE.

CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, « *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González* », point 93.

CJUE, 20 déc. 2017, C-434/16, *Nowak c. Data Protection Commissioner*

VIII. CONCLUSIONS, RAPPORTS, NOTES ET OBSERVATIONS

AGOSTINI (E.), note sous TGI Paris, 4 févr. 1988, *JCP G* 1988, II, n° 21107.

- note sous CA Paris, 27 janv. 1989, *JCP G* 1989, II, n° 21325.

ALLEAUME (C.), note sous TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 88.

ANTIPPAS (J.), note sous CE, 27 avr. 2011, n° 314577, *JCP G* 2011, n° 29, 872.

AUBERT (J.-L.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *Defrénois* 1997. 751.

BERNARD (J.), comm. sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *JCP G* 1991, II, n° 21752.

BIGOT (C.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1998, n°95-13.694, *D.* 1999, som., p. 167.

BIOY (X.), note sous CE, 8 sept. 2005, *JCP G* 2005, II, 10145. *D.* 2006, 124.

BLADER (J.-B.), note sous CAA Paris, plén., 9 juin 1998, Sénanayake, n° 95PA03104, *Gaz. Pal.* 16 juin 1999, I, p. 85.

BONET (G.), note sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n°95, *JCP* 1985, II, 20400.

BOULANGER (D.), note sous - Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *JCP N*, 2011, 1115, p. 37.

BRETON (A.), note sous Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, Mercier, *Gaz. Pal.* 1936, 2, jur., p. 41.

BRUGIÈRE (J.-M.), note sous CA Versailles, 22 septembre 2005. *Légipresse* 2006, III, p. 109.

CARON (C.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090, *Comm. com. électr.* 2002, somm. 94.

- note sous CA Paris, 28 oct. 2003, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 13.

- note sous TGI Pontoise, 2 février 2005, *D.* 2005, Tribune, p. 513.

- obs. sous CA Versailles, 22 septembre 2005. CCE 2006, comm. 4.

CARON-DÉGLISE (A.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *RJPF*, avril 2011, 11.

CHARTIER (Y.), rapp. sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *D.* 1991, jur., p. 417.

CHAUVIRE (J.), rapp. sous Cass. soc. 31 janv. 2007, n° 04-19. 464, *Bull. civ. V*, n° 15, *D.* 2007. 988.

CHAVANNE (A.) et AZEMA (J.), obs. sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ. IV*, n°95, *RTD com.* 1986, p. 245.

CLÉMENT (C.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *LPA* 2001, n° 243, p. 1.

CLERGERIE (J.-L.), note sous CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-404/92P, X c/ Commission, *D.* 1995, jur., p. 421.

COLOMBET (C.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 157, *D.* 1992, somm. comm. p. 15.

COPPART (I.), note sous TA Amiens, 9 mars 2004, *JCP G* 2005.II.10003.

DALEAU (J.), obs. sous Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192 *D.* 2003, act., p. 1565.

DESBOIS (H.), obs. sous Trib. Civ. Seine, 15 juin 1961, *RTD com.* 1962.262.

- obs. sous CA Paris, 15 nov. 1966, *RTD com.* 1967, p. 153 et p. 157.

- note sous Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 1966, *Bull. civ. I*, n° 518. *D.* 1967, p. 485.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, I, n° 21 ; *RTD com.* 1972, p. 103.

- obs. sous TGI Paris, 10 juil. 1974, somm., p. 34, *RTD com.* 1975.514, n° 5.

DURRANDE (S.), obs. sous Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192, *D. Aff.* 2003, p. 2629 et s.

DUVERT (C.), note sous CA Paris, 29 sept. 2000, *D.*, 2001.1585.

EDELMAN (B.), note sous TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, *D.* 1995, jur., p.569.

- note sous CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, jur., p. 617.

ÉGEA (R.), note sous CAA Douai, 6 déc. 2005, *RJPF* 2006, n° 6, p. 10.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), obs. sous TGI Marseille, 15 avril 2004, *RJS* 2004/6, n° 729, *RTD civ.* 2004. 594.

EYRAUD (A.-F.), note sous Cass. crim. 2 déc. 2003, *JCP* 2004, II, 10054.

FAURE (G.), note sous Cass. crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 165 ; *JCP G* 2000, II, 10231.

FOSSIER (T.), note sous Cass., avis 6 juil. 1998, *Dr. fam.* 1998, 162, note Th. FOSSIER.

- FRANCON (A.)**, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 1979, *RFD com.* 1980, p. 80.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 157, *RTD com.* 1991, p. 592.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n° 91-15.915. *D.* 1994, jur., p. 78.
- GALLOUX (C.)**, obs. sous CEDH, 7 mars 2006, Evans c. Royaume-Uni, *D.* 2007.1108.
- obs. sous CAA Douai, 6 déc. 2005, *D.* 2006.1205.
- GATTI (L.)**, note sous - Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *LPA.* 17 févr. 2011, p. 10.
- GAUMONT (P.)**, obs. sous CEDH, 7 mars 2006, Evans c. Royaume-Uni, *D.* 2007.1108.
- GAUTIER (P.-Y.)**, note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, *D.* 1993, jurisp. p. 166.
- GHESTIN (J.)**, note sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n°95, *D.* 1985, p. 471.
- GIRAULT (C.)**, note sous CEDH, 29 avr. 2002, aff. 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *JCP G* 2003, II, n° 10062.
- GROS (M.) et FROMENT (J.-C.)**, note sous CE, ass, 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et CE, ass. 27 oct. 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *RDP* 1996, p. 536.
- HALLOUIN (J.-C.)**, note sous Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192 *D. Aff.* 2004, p. 265.
- HAMON (F.)**, note sous CE, ass, 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et CE, ass. 27 oct. 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *JCP G* 1996, II, n° 22630.
- HAUSER (J.)**, obs. sous TGI Toulouse, 26 mars 1991, *JCP G* 1992.II.21807, *RTD civ.* 1991, p. 310.
- obs. sous Cass., avis 6 juil. 1998, *RTD civ.* 1998. 881.
- obs. sous CE, 26 oct. 2001, dame Seranayaké, *RTD civ.* 2002.484.
- obs. sous Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192 *RTD civ.* 2003, p. 679.
- obs. sous TA Amiens, 9 mars 2004, *RTD civ.* 2004.488.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 88.
- obs. sous CAA Douai, 6 déc. 2005, *RTD civ.* 2006.87.
- HUET-WEILLER (D.)**, obs. sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *RTD civ.* 1991, p. 517.
- JACQUES (P.)**, obs. sous cass. soc. 31 janv. 2007, n° 04-19. 464, *Bull. civ.* V, n° 15, *RTD civ.* 2007. 503.
- JOSSERAND (L.)**, rapp. sous Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, Mercier, S. 1937, 1, p. 321.
- JOURDAIN (P.)**, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *RTD civ.* 1997. 434.

- KEREVER (A.)**, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-16.305, *RIDA*, avr. 1990, p. 199.
- LABBÉE (X.)**, note sous TA Amiens, 9 mars 2004, *D.* 2004.1051.
- LALOU (H.)**, note sous C.A. Lyon, 27 juin 1913, *D.* 1914, 2, 73.
- LAPOYADE-DESCHAMPS (C.)**, chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *RCA* 1997.8.
- LAVAUD-LEGENDRE (B.)**, note sous Cass. crim., 13 janv. 2009, *D.* 2009, 1935.
- LEBRETON (G.)**, note sous CE, ass, 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et CE, ass. 27 oct. 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *D.* 1996, jur. p. 177.
- LE CANNU (P.)**, note sous Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192 *Bull. Joly* 2003, p. 921.
- LEPAGE (A.)**, obs. sous CA Paris, 27 sept. 2001, CCE 2002. comm. 15.
- obs. sous CA Toulouse, 5 sept. 2002, CCE 2003. comm. 10.
 - obs. sous CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2003, CCE 2004. comm. 49.
- LE TALLEC (G.)**, rapp. sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n°95, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 246.
- LEVENEUR (L.)**, comm. 76 et chron. 5 sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *CCC* 1997.
- comm. sous Cass. 1^{ère} civ, 12 juin 2012, n° 11-18.928, *Contrats, conc., consomm.* n° 10, oct. 2012, n° 225.
- LINDON (R.)**, note sous TGI Seine, 25 juin 1966, *JCP G* 1966, II, n° 14875.
- obs. sous TGI Paris, 10 juil. 1974, somm., p. 34, *JCP G* 1974, II, 17831.
 - note sous CA Paris 14 mai 1975, *D.* 1976. 291.
 - obs. sous CA Paris, 7 mai 1976, *JCP G* 1976, II, 18418.
 - note sous TGI Paris, 19 mai 1982, *D.* 1983, p. 147.
 - obs. sous TGI Paris, 4 juil. 1984, *D.* 1985, *IR* 18.
 - obs. sous TGI Paris, 26 sept. 1984, *D.* 1985, *I.R.*, p. 164.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1984, n° 83-11.786, *D.* 1985, *I.R.*, p. 166.
 - obs. sous CA Paris, 20 mars 1985, *D.* 1985, *I.R.*, p. 324.
- LOISEAU (G.)**, note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1998, *JCP G*, II, 1082, p. 921.
- note sous Cass. com. 6 mai 2003, n°00-18.192, *D. Aff.* 2003, p. 2228.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494, *JCP* 2009.II.10025.

LOUSSOUAM (Y.), obs. sous TGI Paris, 8 nov. 1973, *RTD civ.* 1974, p. 806.

LUCAS (A.), obs. sous CA Paris, 6 juin 2000, *Propri. intell.* 2001, p. 61.

MARIA (I.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *Dr. fam.*, 2011, n° 42.

MARINO (L.), obs. sous CA Versailles, 22 septembre 2005, *D.* 2006, Pan., 2705.

MASSIP (J.), obs. sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *Deffrénois* 1991, p. 948.

- obs. sous Cass., avis 6 juil. 1998, *Deffrénois* 1999. 314.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *Deffrénois* 2011, art. 39224, p. 690.

MATHIEU (B.), note sous Cour EDH, 10 avr. 2007, aff. 6339/05, *JCP G* 2007, II, n° 10097.

MATTER (P.), concl. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1936, Mercier, *DP* 1936, I, p. 88.

MAYAUD (Y.), note sous Cass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85. 973, *D.* 2001. 2917.

MÉMÉTEAU (G.), note sous CAA Paris, plén., 9 juin 1998, Sénanayake, n° 95PA03104 *LPA* 23 avr. 1999, p. 11.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *RTD civ.* 1997.924.

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, *Resp. civ. et ass.*, 1997. comm. 372.

MONTANIER (M.), concl. sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ. IV*, n°95, *JCP* 1985, II, 20400.

MOREAUD (J.), note sous CE, 26 oct. 2001, dame Seranayaké, *JCP G* 2002.II.10025.

MURAT (P.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.927, *RLDC* 2004/2, n° 72, *Dr. fam.* 2004, n° 17, p. 21.

NEIRINCK (C.), note sous TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP G* 1994, II, 22250.

NERSON (R.), note sous Cass. civ. 29 mai 1951, *S.* 1953, 41.

NOGUERO (D.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *D.* 2011.1204.

PARLÉANI (G.), note sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ. IV*, n°95, *Rev. Des Sociétés*, 1985, p. 607.

- note sous Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192 *Rev. Sociétés* 2003, p. 548.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2009, n° 08-10.804, *AJ famille* 2009, p. 263.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 avr. 2009, n° 07-21.488, *AJ famille* 2009, p. 263.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 09-10.127, *AJ famille* 2009, p. 457.

PÉDROT (P.), note sous TGI Toulouse, 26 mars 1991, *JCP G* 1992.II.21807.

PENNEAU (J.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *D.* 1997, somm. 319.

PERROT (R.), obs. sous cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1951, *Bull. civ.* I, n°162, *JCP G* 1951, II, 6421.

PÉTERKA (N.), note sous - Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *JCP*, 2011, 416, p. 691.

PLAISANT (R.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 1966, *Bull. civ.* I, n° 518. *JCP G* 1968, II, 15331.

PLANCKEE (F.), obs. sous, Cass. crim. 25 juin 2002, *D.* 2003, somm. 660.

PLANIOL (M.), note sous Cass., 14 mars 1900, *D.P.* 1900, I, p. 497.

POLLAUD-DULLIAN (F.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 157, *JCP* 1991, II, 21760.

PRADEL (J.), note sous Cass. crim. 2 déc. 2003, *D.* 2004. 449.

PUECH (M.), note sous TGI Paris, 8 nov. 1973, *D.* 1975, jur., p. 401.

RAU (C.), rapp. sous Cass., 14 mars 1900, *D.P.* 1900, I, p. 497.

RAVANAS (J.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-20.633, *D.* 2001, p. 1571.

RAYNARD (J.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n° 91-15.915, *JCP G* 1993, II, n° 22161.

ROCHFELD (J.), obs. sous TGI Marseille, 15 avril 2004, *RJS* 2004/6, n° 729, *RDC* 2005. 257.
- obs. sous cass. soc. 31 janv. 2007, n° 04-19. 464, *Bull. civ.* V, n° 15, *RDC* 2007. 1085.

ROSSAT (M.-L.), note sous Cass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85. 973, *JCP G* 2001, II, n° 10569.

ROUAULT (M.), note sous - CE, ass, 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et CE, ass. 27 oct. 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *LPA* 1996, n° 11, p. 28.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), obs. sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n°95, *RTD civ.* 1987, p. 83.

SAINTE-ROSE (J.), concl. sous Cass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85. 973, *JCP G* 2001, II, n° 10569.

SAINT-PAU (C.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1998, n°96-15.610, *D.* 1999, jur., p. 541.

SARGOS (P.), rapp. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 75, *Gaz. Pal.* 1997, 1, 274.
- rapp. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, *JCP G* 1997, II, 22942.
- rapp. sous Cass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85. 973, *JCP G* 2001, II, n° 10569.

SARRAUTE (R.), obs. sous Trib. Civ. Seine, 15 juin 1961, *Gaz. Pal.* 1962, doct. p. 21.

SARRAUTE (R.) et GORLINE (M.), note sous Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 1966, *Bull. civ.* I, n° 518, *Gaz. Pal.* 1967, 1, 175.

SAVATIER (R.), note sous Cass. civ. 29 mai 1951, *D.* 1952. 53.

SIRINELLI (P.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 157 : *RIDA* n° 151, janv. 1992, p. 272.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992, *Bull. civ. 1992, I*, n° 315, *RIDA* avr. 1993, p. 193.

SUDRE (F.), obs. sous Cour EDH, 24 oct. 1996, *Fleur de Marie*, *JCP G* 1997.I.4000, n°32.

- obs. sous Cour EDH, 10 avr. 2007, aff. 6339/05, *JCP G* 2006, I, n° 164.

- obs. sous Cour EDH, 23 juil. 2009, req. 12268/03, *JCP G* 2010, 70, n°18.

SUPIOT (A.), obs. sous TGI Marseille, 15 avril 2004, *RJS* 2004/6, n° 729, *Dr. soc.* 2004. 541.

TERRÉ (F.), note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *JCP G* 1991, II, n° 21752.

THOUVENIN (D.), note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, *D.* 1991, jur., p. 417.

TRICOIRE (E.), note sous Cass. Com., 12 mars 1985, *Bull. civ. IV*, n°95, *JCP G* 2003, II, 10169.

VERHEYDE (T.), note sous - Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16519, *AJ Fam.*, 2011.

VIALLA (F.), note sous TA Nîmes, 2 juin 2009, n°0622251, *LPA*, 2 avr. 2010, n°66, p. 10.

VINEY (G.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, *Bull. civ. 1997, I*, n° 75, *JCP* 1997. I. 4025.

VIVANT (M.) et LUCAS (A.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992, *Bull. civ. 1992, I*, n° 315 ; *JCP E* 1993, I, 246, n° 4.

WILLMANN (C.), note sous Cass. soc. 31 janv. 2007, n° 04-19. 464, *Bull. civ. V*, n° 15, *D.* 2007. 988, p. 1469.

IX. Dispositions normatives

1. Dispositions contraignantes

a- Dispositions étatiques

- Loi du 6 fructidor an II (23 août 1794).

- Loi du 11 germinal an XI (2 avril 1803).

- Loi n°49-890 du 7 juillet 1949, « Lafay », *J.O.* 8 juillet 1949, p. 6702.

- Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O. 19 juillet 1970.
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, J.O. 18 janvier 1975, p. 739.
- Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes, J.O. 23 décembre 1976, p. 7365.
- Décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, J.O. 5 avril 1978.
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. 7 janv.
- Loi n° 82-1172, 31 déc. 1982, J.O. 1^{er} janv. 1983.
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, J.O., 26 décembre 1985.
- Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. 1^{er} octobre 1986.
- Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales, J.O. 22 décembre 1988, p. 16032.
- Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, J.O. 4 janvier 1992, p. 178.
- Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, J.O. 9 janvier, p. 495.
- Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, J.O. 30 janvier 1993, p. 1576.
- Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, J.O. 2 juil. 1994.
- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, J.O. 30 juillet 1994, p. 11056 et s.
- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O. 30 juillet 1994, p. 11060.
- Décret n°95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique, J.O. 11 août 1995, p. 12050.
- Loi n° 2001-588 relative à l'interruption volontaire de grossesse, 4 juill. 2001, JO 7 juill. 2001, p. 10823.
- Loi n°2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, J.O. 5 mars 2002, p. 4159.
- Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, J.O. 19 juin 2003, p. 10240.
- Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, J.O. 7 août 2004, p. 14040.
- Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, J.O. 7 août 2004, n° 182, p. 14063.
- Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, JO du 23 avril, p. 7089.
- Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, JO 2 avr. 2006, p. 4950.
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. 7 mars 2007, p. 4325.
- Loi n° 2011-814, 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, J.O. 8 juillet 2011, p. 11826.
- Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi, J.O. 16 juin 2013, p. 9958
- Décret n° 2014-1066 du 19 septembre 2014 relatif aux conditions de prélèvements d'organes, de tissus et de cellules humaines et aux activités liées à ces prélèvements, J.O. 21 septembre 2014.

- Loi n° 2016-87 du 2 février 2016, J.O. n° 28, 3 février 2016.
- Décret n° 2016-1067 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, J.O. 11 février 2016.
- Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, dite « loi Lemaire, J.O. 8 octobre.
- Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance ayant réformé le droit des obligations, J.O. 21 avril, n° 93.

b. Dispositions supra-étatiques.

- Charte des Nations-Unies, 26 juin 1945.
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966.
- Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.
- Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000.
- Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 19 octobre 2005.
- Règlement n° 2016-679, Règlement européen sur la protection des données.

2. Dispositions prescriptives.

a- Dispositions infra-étatiques.

CCNE, avis n° 1, 22 mai 1984, relatif aux prélèvements de tissus d'embryons ou de fœtus humains à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

CCNE, avis n° 8, 15 déc. 1986, relatif aux recherches et utilisations des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifique.

CCNE, avis n° 21, 13 déc. 1990, sur la non-commercialisation du corps humain.

CCNE, avis n° 26, 24 juin 1991, sur l'assistance aux mourants.

CCNE, avis n° 28, 2 déc. 1991, Avis sur la transfusion sanguine au regard de la non-commercialisation du corps humain.

CCNE, avis n° 53, 11 mars 1997, sur la constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques et scientifiques.

CCNE, avis n° 58, 12 juin 1998, relatif au consentement éclairé et à l'information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche.

CCNE, avis n° 60, 25 juin 1998, relatif à l'assistance médicale à la procréation.

Cass., avis 6 juil. 1998, *JCP* 1998. IV. 3005, *Dr. fam.* 1998, comm. 162, note Th. FOSSIER ; *RTD civ.* 1998, p. 881, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 1999, p. 314, obs. J. MASSIP.

CCNE, avis n° 67, 18 janv. 2000, sur l'avant-projet de révision des lois bioéthiques.

CCNE, avis n° 68, 23 nov. 2000, Réponse du CCNE aux saisines du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée nationale sur l'allongement du délai d'IVG

CCNE, avis n° 87, 14 avril 2005, relatif au refus de traitement et à l'autonomie de la personne.

CCNE, avis n° 89, 22 septembre 2005, relatif à la conservation des corps des fœtus et des enfants mort-nés.

CCNE, avis n° 105, 9 octobre 2008, Questionnement pour les états généraux de la bioéthique.

CNIL, formation restreinte, délibération n° San-2018-009 du 6 septembre 2018.

CNIL, formation restreinte, délibération n° San-2018-008 du 24 juillet 2018.

CCNE, avis n° 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019 du 18 septembre 2018.

b. Dispositions supra-étatiques.

Directive n° 89/381 du 14 juin 1989 relative aux médicaments dérivés du sang ou du plasma humain, *JOCE*, L. 181, 28 juin 1989.

Directive n° 2001/20 du 4 avril 2001 relative à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, *JOCE*, L. 121, 1^{er} mai 2001.

Directive n° 2002/98/CE du 27 janvier 2003 qui établit des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain et des composés sanguins.

Directive n° 2004/23/CE du 31 mars 2004 relative au don et à l'utilisation de tissus et cellules humains, transposée en France par l'effet de l'ordonnance du 22 mai 2008 complétée par un décret du 19 juin 2008.

- Directive n° 95-/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

- Directive 2010/53/UE du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe -
- Les développements principaux sont indiqués en gras -

- A -

Accords de volontés

1, 163, 171, 203, 209, 290

Acte juridique unilatéral

11, 101

Artiste interprète

v° droits des artistes interprètes

Attribut

- extrapatrimonial 66, 79, 85, 149, 230, 339, 349

- patrimonial 85, 149

Auteur

v° droit moral de l'auteur

Autonomie de la volonté

- critique 15 et s., 22, 173 et s., 178, 180 et s., 188, 191 et s.

- fondements 12, 54, 175

- notion 12, 55, 176, 189

- B -

Bail à nourriture

166, 401, 402, 409, 411

Bioéthique

266, 276

Bonne foi

- notion 186

- origine 352

- portée 186, 212, 353

But

v° contrat

- C -

Capacité

- incapable majeur 313, 341

- minorité 313, 341, 350

Cause

v° contrat

Chose

- hors du commerce 286

- notion 152, 158, 230

Clause

- à durée illimitée 292 et s.

- illicite 320 et s.

Comité consultatif national d'éthique

246, 263, 276, 347

Commission nationale de l'informatique et des libertés

321, 392

Conseil supérieur de l'audiovisuel

321

Consensualisme

- fondements 128, 172

- notion 127, 129 et s.

- portée 130, 363

Consentement

- intégrité 212, 252, 297 et s., 343 et s.

- notion 49, 205

- personnel 339 et s.

- révocabilité 186, 293, 374 et s.

- spécialité 252

Contractualisation

1, 2, 9, 30, 42, 48, 225, 226

Contrat

- but 286
- capacité *v° capacité*
- cause 283
- cession 406 et s.
- consentement *v° consentement*
- contenu 214, 252, 283 et s., 302
- effet relatif 172, 403
- force obligatoire 54, 172, 200, 201, 205, 209, 309 et s.
- formation 211 et s., 335 et s.
- forme *v° formalisme*
- imprévision *v° révision du Contrat*
- intangibilité 199, 205, 396
- irrévocabilité 372
- nullité *v° nullité*
- opposabilité 404 et s.

Contrat aléatoire

401

Contrat à titre gratuit

73, 78, 160, et *v° non patrimonialité du corps*

Contrat à titre onéreux

75, 149, et *v° patrimonialisation*

Contrat consensuel

v° consensualisme

Contrat d'adhésion

57, 171, 385

Contrat de gré à gré

14, 21, 141, 252, 385

Contrat intuitu personae

317, 406 et s.

Contrat médical

19, 299, 347, 374, 409, 409, 411

Contrat pédagogique

9, 61, 226

Contrat relationnel

61

Convention

10

Corps humain

- droit au respect 70, 150
- élément 148, 160, 214
- indisponibilité 156
- inviolabilité 68, 148, 259, 263, 308, 358
- non patrimonialité 73, 160, 251, 259, 263
- prélèvements 148, 299, 360, 374, 389, 392
- produits 148, 160, 214
- statut 305

- D -**Délai de réflexion**

252 et s. 350 et s.

Dignité humaine

- fonctions 23, 71, 144 et s., 217, 240 et s., 250 et s., 281 et s., 314 et s., 368 et s.
- fondements 232 et s., 256 et s.

Dol

v° vices du consentement

Don

- anonymat 251, 252, 300
- éléments humains 18
- gratuité 251, 252, 286
- majeur incapable 313
- matériaux humains 18, 79, 283
- mineur 313
- organes 79, 305
- périodicité 251, 300
- sang 79, 283, 286
- sperme 79

Données à caractère personnel

4, 104 et s., 156, 321, 349, 378, 392

Droit

- réflexion *v° délai de réflexion*
- repentir 377
- retrait 253, 378

Droit à la vie

146, 242, 247, 263

Droits de la personnalité

85, 107, 293, 298, 306, 376, 409

Droits des artistes interprètes
364

Droit des personnes
1, 4 et s., 33, 44, 50, 218

Droit moral de l'auteur
107 et s., 293, 320, 363, 377, 381

Droit subjectif 66, 185, 224, 242, 292

- E -

Embryon
244 et s.

Engagement perpétuel
- prohibition 253, 292 et s.

Erreur
v° vices du consentement

État
- post-moderne 46 et s., 289
- providence 37 et s.

Être humain
249, 259

Euthanasie
242, 249, 269, 305

Expérience biomédicale
v° recherche sur la personne

- F -

Fécondation
245, 308

Fin de vie
v° euthanasie

Fœtus
249 et s.

Force obligatoire
v° contrat

Formalisme
- ad probationem 21, 214, 361 et s.
- ad validatem 21, 214, 317, 358 et s.

- G -

Gestation pour autrui
259, 269, 286, 305

- H -

Hard law
256 et s.

Hétéronomie de la volonté
207 et s.

- I -

Image
- contrat 90, 149, 298, 341
- indisponibilité 90, 298, 306, 377, 404

Intégrité
- corps humain 66, 138
- espèce humaine 255
- morale 66, 159, 186, 287, 253
- physique 66, 70, 186, 287, 299, 305 et s.,
392

Intérêt général
28, 79, 186, 206, 300, 333

Interprétation
- clause claire et précise 383
- intention des parties 383
- méthode 213, 383 et s.

Interruption volontaire de grossesse
70, 147, 245, 249, 347, 350, 359

Intuitu personae

v° contrat intuitu personae

- J -**Juge**

- imperium 215, 389
- pouvoirs 195, 215, 294, 315 et s., 354 et s.,
360, 386 et s.

Juge des tutelles

163

Justice commutative

206

Justice contractuelle

88, 179, 369

- L -**Lésion**

- contrat aléatoire 401
- fondement 396
- incapable majeur 397 et s.
- incapable mineur 399
- rescision 396
- révision 199

Liberté contractuelle

- conclusion du contrat 21
- contenu du contrat 57, 302
- fondement 172
- notion 188, 214
- portée 188, 214, 302

- M -**Majeur incapable**

v° incapacité

Mandat de protection future

48, 81 et s., 163, 196, 252, 301, 395, 409

**Mesure d'accompagnement social
personnalisé**

48, 57, 62, 83 et s., 165, 209

- N -**Nom** 94 et s., 306, 404

- de famille 94
- d'usage 100 et s., 201, 210, 372

Normativisme

201 et s.

Nullité

- cause 317
- effets 319
- notion 317
- nullité absolue 317, 318
- nullité relative 317, 318
- rétroactivité 319

- O -**Obligation**

- de donner 380 et s.
- de faire 256, 380 et s.
- de ne pas faire 380 et s.
- de sécurité 355
- d'information 212, 252, 346 et s., 355

Œuvre future

295 et s.

Ordre public

- de direction 31, 33, 55, 79, 93, 116, 188,
219, 257 et s., 288 et s.
- de protection 330 et s.
- économique 124 et s.

- P -**Patrimonialisation**

8, 85, 149, 156

Personne humaine

- notion 4, 153
- statut 8, 145, 227, 230, 251 et s.

Personne juridique

4, 68

Personne physique

3, 4, 68, 154

Phanère

74 et s., 372

Prélèvement

57, 147, 312

Prénom

99

Procréation médicalement assistée

350, 353

- R -**Recherche sur la personne**

21, 57, 147, 156, 214, 299, 311, 347, 359, 374, 392

Renseignement

v° obligation d'information

Rescision

v° lésion

Révision du contrat

- imprévision 196
- prix *v° lésion*
- judiciaire 215, 402

- S -**Soft law**

260 et s.

Solidarisme

193 et s., 209

Stérilisation contraceptive

310, 360

Summa divisio

1, 152, 155

- T -**Tiers**

v° effet relatif du contrat

Théorie générale du contrat

10, 22, 171, 351, 365, 416

- V -**Vices du consentement**

344, 396

Vie privée

112 et s., 298, 306, 362, 377

Violence

v° vices du consentement

Voix

91, 92, 145, 306, 362, 377, 404

Volontarisme juridique

54, 171, 222

Volontarisme social

198 et s.

Volonté

- accords *v° accords de volontés*
- autonomie *v° autonomie de la volonté*
- contractuelle 15, 53, 121, 171, 179, 183, 189, 201

Vulnérabilité

- contractuelle 25, 196, 209, 227
- personnelle 162 et s.
- réelle 144 et s.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	p. 7
SOMMAIRE	p. 9
INTRODUCTION	p. 15
PARTIE I. L'AMBIVALENCE DU PHÉNOMÈNE DE CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES	p. 39
TITRE I. LA PROMOTION DES ACCORDS DE VOLONTÉS	p. 43
CHAPITRE I. LES SOURCES ÉPISTÉMOLOGIQUES	p. 45
Section 1. Le déclin du droit imposé.....	p. 45
§ I. Le déclin de la légitimité intrinsèque de l'autorité étatique.....	p. 46
A) Le déclin de l'État providence.....	p. 46
1) L'accroissement de l'interventionnisme étatique.....	p. 46
2) L'apparition d'une crise de gouvernabilité.....	p. 47
B) La perte de légitimité de la règle juridique.....	p. 48
1) La mystique originaire de la loi.....	p. 48
2) L'affaiblissement de la rationalité juridique de la loi.....	p. 49
§ II. La recherche d'une légitimité procédurale de l'action étatique.....	p. 51
A) L'individuation de la société.....	p. 51
1) L'accroissement de l'individualisme.....	p. 52
2) Le nouvel ordre juridique.....	p. 53
B) La promotion de la logique consensuelle.....	p. 54
Section 2. La promotion du droit négocié.....	p. 55
§ I. L'efficacité intrinsèque du contrat.....	p. 56
A) L'efficacité substantielle du contrat.....	p. 56
1) Une efficacité induite des postulats classiques du principe volontariste.....	p. 56

2) Une efficacité confortée par le principe de liberté contractuelle.....	p. 58
B) L'efficacité procédurale du contrat.....	p. 59
1) Le schéma classique de formation de l'accord de volontés.....	p. 60
2) La supposée conformité de l'accord aux intérêts légitimes des parties.....	p. 61
§ II. La diversification des fonctions du contrat.....	p. 62
A) Le contrat : un mécanisme au service de la régulation sociale.....	p. 62
B) Le contrat : vecteur d'une légitimité nouvelle de la loi.....	p. 65
CONCLUSION CHAPITRE I.....	p. 67
CHAPITRE II. LA PORTÉE PRATIQUE DU DÉVELOPPEMENT DES VOLONTÉS INDIVIDUELLES	p. 69
Section 1. Les accords de volontés afférents à l'existence de la personne.....	p. 71
§ I. Les accords de volontés afférents à l'existence physique de la personne.....	p. 71
A) L'existence d'accords de volontés afférents au corps humain.....	p. 72
1) L'existence d'atteintes légitimes au corps humain.....	p. 72
2) L'existence d'atteintes d'agrément au corps humain.....	p. 74
B) L'existence d'accords de volontés afférents aux matériaux biologiques humains.....	p. 75
1) La possible licéité des conventions à titre onéreux.....	p. 76
2) La licéité des conventions à titre gratuit.....	p. 77
§ II. Les accords de volontés afférents à l'existence juridique de la personne.....	p. 79
A) Le mandat de protection future.....	p. 80
B) La mesure d'accompagnement social personnalisé.....	p. 81
Section 2. Les accords de volontés afférents aux attributs de la personnalité.....	p. 83
§ I. Les accords de volontés afférents aux composantes identitaires de la personne.....	p. 85
A) Le champ des accords de volontés afférents aux éléments d'identification de la personne.....	p. 85
1) Les accords de volontés afférents à l'image de la personne physique.....	p. 85
2) Les accords de volontés afférents à la voix de la personne physique.....	p. 86
3) Les accords de volontés afférents à la dénomination de la personne physique.....	p. 87

3-1. Le choix du nom.....	p. 88
3-2. L'usage du nom.....	p. 91
B) Les accords de volontés afférents aux données à caractère personnel.....	p. 93
§ II. Les accords de volontés afférents aux composantes morales de la personne.....	p. 96
A) Les accords de volontés afférents au droit moral de l'auteur.....	p. 96
B) Les accords de volontés afférents à la vie privée de la personne.....	p. 99
1) L'étendue de la vie privée.....	p. 99
2) La licéité des conventions portant sur les éléments d'intimité de la personne.....	p. 100
CONCLUSION CHAPITRE II.....	p. 101
CONCLUSION TITRE I.....	p. 102
TITRE II. L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DES ACCORDS DE VOLONTÉS.....	p. 105
CHAPITRE I. LES SOUBASSEMENTS DE L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL.....	p. 109
Section 1. La remise en cause de l'ordre économique.....	p. 109
§ I. La réalité nouvelle de l'équilibre contractuel.....	p. 110
A) L'incomplétude du consensualisme.....	p. 110
1) La consécration première du consensualisme.....	p. 111
2) La complémentarité du formalisme.....	p. 114
B) L'asymétrie de principe des accords de volontés en droit des personnes.....	p. 116
§ II. La péremption du mythe de l'égalité des contractants.....	p. 119
A) L'évolution de la structure du contrat.....	p. 120
B) La nécessaire catégorisation des contractants.....	p. 121
Section 2. L'intimité des accords de volontés avec la vulnérabilité humaine.....	p. 122
§ I. Les accords de volontés créateurs de la vulnérabilité humaine.....	p. 123
A) La dignité humaine : fondement de l'exercice des droits de la personne physique.....	p. 124
1) La dignité humaine et la dimension réelle de la personne physique.....	p. 124
1-1. La dignité humaine et le droit à la vie de la personne physique.....	p. 125
1-2. La dignité humaine et le droit à la vie d'autrui.....	p. 125

2) La dignité humaine et la dimension sociale de la personne physique.....	p. 127
B) L'exercice par la personne physique de ses droits : potentialités d'atteintes à la dignité.....	p. 129
1) L'exclusion de principe de la personne humaine de la catégorie des choses.....	p. 130
1-1. La bipartition classique du droit entre personnes et choses.....	p. 130
1-2. La personne humaine entendue corps et âme.....	p. 131
2) L'attraction croissante de la personne humaine vers la catégorie des choses.....	p. 133
2-1. Une chosification potentielle.....	p. 133
2-2. Une chosification partiellement illusoire.....	p. 135
§ II. Les accords de volontés protecteurs de la vulnérabilité humaine.....	p. 138
A) L'hétérogénéité des modes de protection de la vulnérabilité humaine.....	p. 138
1) Les accords de volontés et l'anticipation de la vulnérabilité humaine.....	p. 138
2) Les accords de volontés et la gestion de la vulnérabilité humaine.....	p. 141
2-1. La mesure d'accompagnement social personnalisé.....	p. 141
2-2. Le bail à nourriture.....	p. 142
B) La déjudiciarisation de la protection de la vulnérabilité humaine.....	p. 143
CONCLUSION CHAPITRE I.....	p. 143
CHAPITRE II. LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL SUR LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES ACCORDS DE VOLONTÉS.....	p. 145
Section 1. La remise en cause du principe autonomiste.....	p. 146
§ I. La légitimité du principe autonomiste interrogée.....	p. 147
A) Les facteurs théoriques.....	p. 148
1) L'absence de consécration expresse du principe de l'autonomie de la volonté.....	p. 148
2) L'absence de consensus doctrinal.....	p. 149
B) Les postulats pratiques.....	p. 151
1) La mutation structurelle du contrat.....	p. 151
2) La mutation substantielle du contrat.....	p. 153
§ II. La légitimité du principe autonomiste contestée.....	p. 154

A) L'absence de suprématie des volontés individuelles sur le droit objectif.....	p. 155
1) Le contrat : un fait social.....	p. 155
2) Le contrat : un acte subjectif indissociable de la contrainte objective.....	p. 157
2-1. La contrainte objective consubstantielle à l'extension du champ contractuel.....	p. 157
2-2. La contrainte objective comme moyen de protection d'intérêts légitimes.....	p. 158
B) L'incomplétude du principe autonomiste.....	p. 159
1) L'acception originare tronquée du principe autonomiste.....	p. 159
2) La tempérance de la portée des volontés	p. 160
Section 2. Le dépassement du principe autonomiste.....	p. 161
§ I. Les critères substitutifs.....	p. 161
A) Les approches substitutives maintenant le critère de la volonté contractuelle.....	p. 162
1) Le solidarisme contractuel.....	p. 162
1-1. Le développement de l'approche solidariste du contrat.....	p. 162
1-2. La traduction du solidarisme en droit positif.....	p. 164
2) Le volontarisme social.....	p. 166
2-1. La théorisation du volontarisme social.....	p. 166
2-2. La traduction du volontarisme social en droit positif.....	p. 167
B) Les approches substitutives favorisant un élément extérieur à la volonté contractuelle.....	p. 168
1) L'approche normativiste du contrat.....	p. 168
2) L'utile et le juste.....	p. 171
§ II. Le principe de l'hétéronomie de la volonté.....	p. 173
A) L'ambivalence structurelle du contrat.....	p. 174
1) La volonté : critère subjectif du contrat.....	p. 174
2) L'existence connexe de critères objectifs.....	p. 175
2-1. L'encadrement objectif de la formation du contrat.....	p. 176
2-2. L'encadrement objectif des effets du contrat.....	p. 180
B) Le renouvellement de la dialectique volonté-éléments objectifs dans le contrat.....	p. 181

1) L'interaction entre l'autonomie et l'hétéronomie.....	p. 181
2) Les apports respectifs de l'interaction volontés-éléments objectifs dans le contrat.....	p. 183
CONCLUSION CHAPITRE II.....	p. 184
CONCLUSION TITRE II.....	p. 186
CONCLUSION PARTIE I.....	p. 187
PARTIE II. L'ANTHROPOCENTRISME DU PHÉNOMÈNE DE CONTRACTUALISATION EN DROIT DES PERSONNES.....	p. 189
TITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : OBSTACLE AUX VOLONTÉS CONTRACTUELLES.....	p. 191
CHAPITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE IMPÉRATIF.....	p. 193
Section 1. L'impérativité intrinsèque de la dignité humaine.....	p. 194
§ I. La dignité humaine : un principe axiologique.....	p. 194
A) La dignité humaine : un principe ajuridique.....	p. 194
1) La dignité humaine : un principe ante-positif.....	p. 195
2) La dignité humaine : un principe métaphysique.....	p. 196
B) La dignité humaine : un principe déclaratoire.....	p. 197
1) L'affirmation de la valeur transcendantale de la personne humaine.....	p. 197
2) L'affirmation de la valeur transcendantale modérée de l'être humain.....	p. 200
§ II. La dignité humaine : un principe explicatif.....	p. 205
A) La dignité humaine : un référentiel interprétatif.....	p. 205
B) La dignité humaine : un référentiel légitimant.....	p. 207
Section 2. L'impérativité extrinsèque de la dignité humaine.....	p. 208
§ I. La consécration expresse de la dignité par la hard law.....	p. 209
A) La consécration législative du principe de dignité humaine.....	p. 210
B) La consécration judiciaire du principe de dignité humaine.....	p. 211
§ II. La mobilisation du principe de dignité par la soft law.....	p. 213
A) La diffusion de la soft law.....	p. 214
1) La diffusion globale de la soft law.....	p. 214
1-1. Au niveau national.....	p. 214
1-2. Au niveau supra-national.....	p. 215

2) La diffusion controversée de la soft law.....	p. 218
2-1. L'absence de caractère coercitif de la soft law.....	p. 218
2-2. La possible instrumentalisation de la soft law.....	p. 220
B) Les fonctions de la soft law en droit des personnes.....	p. 220
1) La moralisation instantanée de la contractualisation en droit des personnes.....	p. 221
2) La moralisation ex ante de la contractualisation en droit des personnes.....	p. 222
CONCLUSION CHAPITRE I.....	p. 224
CHAPITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : UN PRINCIPE PROHIBITIF.....	p. 227
Section 1. La prohibition des contrats attentatoires à la dignité humaine.....	p. 228
§ I. L'affirmation de la prohibition.....	p. 228
A) L'affirmation de la prohibition par le prisme de l'encadrement objectif de la déterminabilité du contenu des contrats.....	p. 229
1) L'exigence nouvelle d'un contenu licite.....	p. 230
2) La conformité du contenu obligationnel aux dispositions d'ordre public.....	p. 231
2-1. Le déclin progressif de l'ordre public de direction consubstantiel à la contractualisation en droit des personnes.....	p. 232
2-2. La relativisation du déclin de l'ordre public de direction en droit des personnes.....	p. 233
B) L'affirmation de la prohibition nécessaire à la protection d'intérêts supérieurs.....	p. 243
§ II. La dichotomie de la prohibition.....	p. 245
A) Les contrats intrinsèquement attentatoires à la dignité humaine.....	p. 245
1) La nécessaire protection de l'intégrité physique de la personne.....	p. 246
2) La nécessaire protection de l'intégrité morale de la personne.....	p. 248
B) La licéité sous conditions des contrats potentiellement attentatoires à la dignité humaine.....	p. 249
1) La licéité de l'acte justifiée par son utilité.....	p. 250
2) La licéité de l'acte écartée par l'incapacité du contractant faible.....	p. 252
Section 2. La sanction des contrats attentatoires à la dignité humaine.....	p. 253
§ I. La mobilisation judiciaire du principe de dignité.....	p. 254
A) La nullité de l'acte.....	p. 254
1) Le régime juridique de la nullité.....	p. 254
2) Les effets de la nullité.....	p. 257

B) L'éviction des clauses illicites.....	p. 257
§ II. La mobilisation complémentaire du principe de dignité humaine.....	p. 259
CONCLUSION CHAPITRE II.....	p. 261
CONCLUSION TITRE I.....	p. 262
TITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES VOLONTÉS CONTRACTUELLES....	p. 265
CHAPITRE I. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DE LA FORMATION DES CONTRATS.....	p. 269
Section 1. La dignité humaine : guide des conditions de fond.....	p. 270
§ I. L'encadrement objectif de l'échange des consentements.....	p. 270
A) L'exigence du consentement personnel du contractant vulnérable.....	p. 271
B) L'exigence du consentement intègre du contractant vulnérable.....	p. 274
1) L'exigence du consentement libre du contractant vulnérable.....	p. 274
2) L'exigence du consentement éclairé du contractant vulnérable.....	p. 275
2-1. Le droit à l'information du contractant vulnérable.....	p. 275
2-2. Le droit à la réflexion du contractant vulnérable.....	p. 279
§ II. L'enrichissement objectif du contenu obligationnel.....	p. 280
A) La redécouverte du principe de bonne foi.....	p. 281
B) La création jurisprudentielle d'obligations à la charge des parties.....	p. 283
Section 2. La dignité humaine : guide des conditions de forme.....	p. 286
§ I. La prescription d'un formalisme ad validatem.....	p. 286
A) L'exigence du consentement écrit du contractant vulnérable.....	p. 287
B) L'exigence du consentement devant l'autorité judiciaire du contractant vulnérable.....	p. 288
§ II. La prescription d'un formalisme ad probationem.....	p. 289
A) Formalisme et attributs de la personnalité.....	p. 289
B) Formalisme et attributs des artistes interprètes.....	p. 291
CONCLUSION CHAPITRE I.....	p. 292
CHAPITRE II. LA DIGNITÉ HUMAINE : GUIDE DES EFFETS DES CONTRATS.....	p. 295
Section 1. La régulation objective de la force obligatoire des contrats.....	p. 296
§ I. La régulation objective de la force obligatoire à l'égard des parties.....	p. 296
A) Les droits du contractants vulnérable lors de l'exécution de l'acte.....	p. 297
1) Le principe d'irrévocabilité unilatérale des contrats en droit des personnes.....	p. 297

2) Les exceptions au principe d'irrévocabilité unilatérale des contrats en droit des personnes.....	p. 298
2-1. Les facultés de révocation unilatérale et les contrats portant sur le corps humain.....	p. 299
2-2. Les facultés de révocation unilatérale et les contrats portant sur un attribut de la personnalité.....	p. 300
2-3. Les facultés de révocation unilatérale et les contrats portant sur la capacité juridique de la personne.....	p. 304
B) Les droits du contractant vulnérable en cas d'exécution défailante de l'acte.....	p. 305
§ II. La régulation objective de la force obligatoire à l'égard du juge.....	p. 308
A) L'interprétation judiciaire des contrats en droit des personnes.....	p. 308
B) La correction judiciaire des contrats en droit des personnes.....	p. 311
1) La modulation judiciaire des contrats en droit des personnes.....	p. 312
1-1. La mobilisation judiciaire du principe de proportionnalité.....	p. 312
1-2. La consubstantialité de la proportionnalité du contrat et de la protection du contractant vulnérable.....	p. 314
2) La modération judiciaire des contrats en droit des personnes.....	p. 317
2-1. La correction judiciaire des contrats.....	p. 317
2-2. La révision judiciaire des contrats.....	p. 322
Section 2. La régulation objective de l'effet relatif des contrats.....	p. 324
§ I. L'opposabilité des contrats.....	p. 324
§ II. La cessibilité des contrats.....	p. 325
A) La délimitation des hypothèses de cession des contrats.....	p. 326
1) Le caractère <i>intuitu personae</i> des contrats a priori exclusif de toute cessibilité.....	p. 326
2) le caractère <i>intuitu personae</i> des contrats possiblement non-exclusif de toute cessibilité.....	p. 329
B) Les conditions de réalisation de la cession des contrats.....	p. 330
CONCLUSION CHAPITRE II.....	p. 331
CONCLUSION TITRE II.....	p. 332
CONCLUSION PARTIE II.....	p. 334
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	p. 337
BIBLIOGRAPHIE.....	p. 343
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	p. 399

