

# LE PRINCIPE D'INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN, LIMITE DE L'USAGE ÉCONOMIQUE DU CORPS

## REVUE DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

par Marie-Xavière Catto  
RDLF 2015, thèse n°09

*Thèse soutenue le 1er décembre 2014 à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense devant un jury composé de Mme Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, directrice de thèse, M. Xavier BIOY, Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole, Mme Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Mme Dominique THOUVENIN, Professeure à l'École nationale de santé publique, M. Didier TRUCHET, Professeur à l'Université Paris II – Panthéon Assas.*

RÉSUMÉ  
DE THÈSE



**La thèse** défendue tend à reconstruire le principe d'indisponibilité du corps humain, pour montrer qu'il peut être mobilisé pour faire obstacle à l'usage économique du corps.

Il s'agit pour nous avant tout d'écartier, ce que nous faisons en **introduction**, le sens qui lui a été conféré au tournant des années 1980 lorsqu'il a été lié, d'abord dans la doctrine, ensuite dans la jurisprudence qui l'a dégagé, à l'établissement des liens de filiation. Le principe alors réinterprété avait pour finalité essentielle non de protéger le corps, mais de faire obstacle à l'artificialisation des techniques de procréation en refusant, ce que le droit peut certes faire mais qui n'est pas notre objet, de reconnaître des liens de filiation notamment lorsque le couple à l'origine du projet d'enfant avait recours aux gamètes d'un tiers ou à la gestation pour autrui. Le projet de la thèse est de reconstruire un principe afin de protéger le corps, non une certaine idée de la famille.



**La première partie** de la thèse a pour objet de reconstruire le principe d'indisponibilité en tentant de retracer la généalogie de ses usages en droit privé pour montrer la continuité entre ce qui en a été dit dans ce cadre et les ensembles de règles qui encadrent l'usage du corps en droit public.

**Le premier titre** tente ainsi de retracer ce que la doctrine privatiste a dit lorsqu'elle a déclaré que le corps était hors du commerce. Il nous a semblé que deux sens pouvaient être dégagés, qui constituent les deux premiers chapitres de la thèse. Le premier consiste à dire que la personne est hors du commerce, le second que l'intégrité corporelle ne peut faire l'objet de conventions.

En premier lieu – cela fait l'objet du **premier chapitre** – la doctrine privatiste a souhaité par là signifier que la personne était hors du commerce. Depuis que l'esclavage et la mort civile sont abolis, tous les hommes nés vivants et viables sont des personnes. Dès lors, le corps humain a été dit indisponible parce que la personne l'est. Mais cette conception nous a paru devoir être écartée, parce que c'est moins le corps que la personne qui est hors du commerce selon cette conception. Le corps qui n'est pas une personne n'est pas nécessairement hors du commerce. Par conséquent l'assertion est de peu d'intérêt pour protéger le corps. Elle consiste avant tout à affirmer qu'il y a le plan du monde, sur lequel naissent des êtres humains. Ceux-ci sont à leur naissance qualifiés de personnes sur la scène du droit (le mode d'être des êtres humains nés en droit) et par conséquent leur corps est

protégé au titre de la protection des personnes. Cette conception ne justifie pas que la personne soit protégée ni que le corps ne le soit. Il s'agit simplement d'affirmer que l'on ne peut vendre une personne, ce qui a en réalité toujours été le cas (puisque les esclaves, précisément, n'en étaient pas).

En second lieu – cela fait l'objet du **second chapitre** – la doctrine privatiste a souhaité, en affirmant que le corps était hors du commerce, viser l'intégrité corporelle. En revenant sur l'histoire du droit pénal, il apparaît que la construction de la protection de l'intégrité corporelle comme impératif d'ordre public a conduit nombre d'auteurs à affirmer que l'intégrité corporelle était insusceptible de conventions. L'indisponibilité du corps humain était alors déduite de ce constat. En ce sens, l'indisponibilité du corps humain avait bien pour vocation de le protéger, mais il est alors possible de s'interroger sur le sens conféré au principe. L'inférence repose en effet sur le présupposé d'une synonymie entre extra-conventionalité et extra-commercialité. Or il est possible de passer des conventions sur les choses hors du commerce. Ce que l'indisponibilité prohibe, c'est non la conventionalité mais l'aliénabilité. Dès lors, la même doctrine pouvait, par un raisonnement contraire, déduire de toute atteinte autorisée le fait que le corps soit dans le commerce, en vertu du même présupposé. Or il semble qu'affirmer que la protection de l'intégrité corporelle était d'ordre public visait à réprimer un fait (l'atteinte par un tiers sanctionnée par le droit pénal) plus qu'une chose susceptible d'être négociée (l'intégrité corporelle). Dès lors, le recours aux concepts civilistes (l'impossibilité de disposer) pour dire un impératif de protection pénale (la répression des coups et blessures) paraît peu opportune. Une telle conception de l'indisponibilité, qui en fait le synonyme d'extra-conventionalité, paraît par conséquent d'abord difficilement défendable sur le plan de la définition des concepts juridiques (une chose hors du commerce peut faire l'objet de conventions si elle n'a pas pour objet de l'aliéner) ; ensuite difficile à défendre sur le plan pratique (puisque des atteintes multiples sont désormais autorisées).

Néanmoins il nous semble qu'il reste quelque chose de ce que la doctrine privatiste à l'origine du principe a pensé lorsqu'elle a déclaré le corps hors du commerce, et nous avons tenté de prolonger les réflexions de ces auteurs. Un point essentiel apparaît : affirmer l'indisponibilité du corps humain visait avant tout à signifier, en posant un principe, que le corps devait faire l'objet d'une protection d'ordre public et que celle-ci permettait de protéger de manière égale le corps de toutes les personnes. Par conséquent, protéger son intégrité était la mission du droit pénal, et si l'atteinte était autorisée, il fallait, d'une part, la limiter le plus possible, d'autre part, absolument interdire qu'elle soit négociée.

C'est en travaillant sur le sang que nous avons commencé à dégager les corps de règles qui organisaient les pratiques une fois l'atteinte admise. Au-delà du bénévolat, c'est avec lui que sont apparus des ensembles de normes visant des objectifs semblables et qui traversent l'ensemble du droit de la bioéthique. Cet élément nous a permis de dégager assez rapidement le principe d'économie et le principe de non négociation. Les recherches sur la transplantation ont fait apparaître un autre versant du principe d'économie (son volet externe). Il est alors apparu que les principes d'économie comme de non-négociation prolongeaient dans un cadre public la manière dont la doctrine privatiste avait pensé le principe d'indisponibilité. Par indisponibilité, il était entendu, en droit privé, l'idée selon laquelle l'intégrité corporelle est d'ordre public, et par conséquent insusceptible de conventions. Par là deux idées étaient visées. D'une part, l'intégrité corporelle était insusceptible de conventions privées. Le cadre construit qui certes avait autorisé l'atteinte, ne permettait nullement qu'elle ne soit négociée dans un cadre privé. D'autre part, seule une raison d'ordre public autorisait l'atteinte, et notamment la santé publique. Si la santé poursuivie n'était plus strictement celle de la personne qui subit l'atteinte, la santé publique seule avait justifié les nouvelles atteintes. L'objectif, en choisissant ce sujet, était de rechercher s'il existait des outils juridiques permettant de protéger le corps humain du marché. La reconstruction de ce principe semblait alors pouvoir y répondre.

**Le second titre** de ma thèse tend à reconstruire le principe d'indisponibilité dans un cadre public. Les prolongements de ce principe en droit public prennent la forme d'un principe d'économie et de non-négociation.

Le principe d'économie, étudié au **troisième chapitre**, justifie les atteintes, dans son volet interne, exclusivement par une finalité curative (qu'il s'agisse d'un prélèvement thérapeutique ou d'une expérimentation visant la mise au point d'un traitement thérapeutique). Il tend également à prolonger le principe de proportion selon lequel une atteinte n'est justifiée que par un bienfait plus grand, et donc à limiter les atteintes portées sur les corps sains, désormais autorisées. Le contrôle des indications ne justifie les atteintes que par le strict soin des malades, garantissant ainsi l'existence d'un bénéfice réellement attendu. De leur côté, le contrôle des quantités prélevées et la limitation des structures habilitées tendent à garantir la protection du sujet atteint, ouvert ou mutilé, alors que la raison de l'atteinte n'est plus la protection de sa propre santé. Dans son volet externe, le principe vise à éviter les atteintes par la recherche systématique d'alternatives. Certes, il est devenu possible de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne saine, mais il faut le faire après avoir eu recours aux ressources cadavre et animale, ressources systématiquement privilégiées lorsqu'une pratique nouvelle est envisagée et après avoir expérimenté sans porter atteinte à personne (sur les animaux ou les éléments détachés).

L'atteinte est donc devenue possible au profit d'un tiers, mais il faut, autant que possible, l'éviter et, une fois admise, y procéder de la manière la moins fréquente et la moins invasive possible.

Le principe de non-négociation, étudié au **quatrième chapitre**, est également apparu avec le sang. Il ne fallait pas qu'il y ait d'intérêt financier à prélever, le geste devait exposer toutes les personnes également et garantir à tous l'accès à la santé. Seule

une organisation dans un cadre public et anonyme permettait que l'atteinte ne soit pas négociée et que la santé soit le seul but poursuivi par l'ensemble des acteurs (qu'ils donnent, qu'ils prélèvent ou qu'ils affectent les éléments). Le sang a encore servi de modèle, même s'il a été adapté en fonction des contraintes liées à chaque élément prélevé ou produit recueilli. C'est avec lui que le bénévolat était né et un système non lucratif mis en place. L'étude des règles, de leur histoire et de leur mise en œuvre sur le plan des pratiques administratives permet de distinguer, au niveau du prélèvement, la gratuité de la prise en charge des frais, de l'indemnisation ou de la rémunération, et de distinguer, pour leur traitement postérieur, la gratuité de la prise en charge des frais (c'est-à-dire des tarifs de cession pour le sang) de la rémunération. Apparaît ainsi la manière dont on a pensé et organisé un système de circulation sans profit.

La mise en œuvre des principes d'économie et de non-négociation a été la réponse à la violation fondamentale de l'éthique médicale lorsqu'on a autorisé des atteintes à l'intégrité corporelle sans que celles-ci n'aient pour finalité la santé de celui qui la subit. Néanmoins ces atteintes n'ont été rendues légitimes qu'au prix d'un déplacement du regard de la personne qui commet l'atteinte à l'intégrité corporelle d'un tiers vers la personne qui la subit. L'extension du champ du consentement, et le recours au terme « don » pour dire le prélèvement, tendent à faire passer l'acte pour spontané et à effacer le rôle déterminant du médecin mais également du patient à l'origine de la demande. Or ces deux acteurs contribuent largement à remettre en cause le principe d'indisponibilité tel qu'il a été reconstruit.

**La seconde partie** a pour objet d'identifier l'origine des remises en cause du principe d'indisponibilité dans ses deux versants. Deux sources ont été dégagées. La première relève d'une nouvelle conception de la santé, la seconde de l'immixtion des logiques de profit dans les champs de l'expérimentation comme de la commercialisation des spécialités pharmaceutiques.

**Le premier titre** de cette seconde partie se concentre ainsi sur la nouvelle conception de la santé, qui apparaît comme un idéal à la fois subjectivé et exigé.

**Le cinquième chapitre** étudie la première de ces dimensions. Dans la mesure où le principe d'économie interne se traduit notamment par une restriction des justifications de l'atteinte à des finalités thérapeutiques, il fallait se demander pourquoi certaines atteintes pensées comme non thérapeutiques avaient été admises. Les mutilations des nouveau-nés intersexués, les opérations de changement de sexe comme la chirurgie réparatrice ou le traitement de l'infertilité pour les couples hétérosexuels en âge de procréer sont appréhendées par les médecins comme des opérations dont la finalité est thérapeutique. Néanmoins dans ces mêmes champs des actes pensés comme non thérapeutiques ont été admis (avortement, stérilisation, chirurgie esthétique) quand d'autres ne l'ont pas été (réponse à l'infertilité des couples homosexuels). Puisqu'est thérapeutique le traitement médical d'une pathologie, il suffit pour le corps médical de qualifier un corps ou un état de pathologique pour prétendre s'inscrire dans son office traditionnel. Ce cadre socialement déterminé peut être interrogé, et avec lui la dimension thérapeutique ou non des réponses apportées. Seule l'étude générale de la manière dont ont été construites les finalités procréative et esthétique permettait d'expliquer comment une triple contradiction au principe d'indisponibilité tel que nous l'avons dégagé dans la première partie (soit au principe d'économie interne, externe, et au principe de non-négociation) avait pu être acceptée. L'étude de l'extension de la cause thérapeutique permettait de l'éclairer. Mais la santé subjectivée, remettant en cause le principe d'indisponibilité, est également de plus en plus exigée.

**Le sixième chapitre** se concentre sur la manière dont les normes évoluent toujours pour répondre à une demande de santé non en étendant son acception (extension de ce qui relève du champ médical) mais par les dispositifs visant à toujours mieux répondre à la demande (ici à la « pénurie » en matière d'éléments et produits). Il est alors possible de constater que les grands principes ne sont pas toujours respectés lorsque les prélèvements ont lieu à l'étranger, que les personnes résidant en France partent à l'étranger ou que le pays importe de l'étranger des éléments qui y sont prélevés. En outre, sur le plan interne, l'élargissement du cercle des donneurs comme la nouvelle redéfinition de la mort ainsi que le passage à la tarification à l'activité tendent à remettre en cause, au nom de la santé de ceux qui constituent la « demande », les principes initialement adoptés en ce qui concerne les corps prélevés (la santé comme unique déterminant, la restriction du cercle de donneurs pour éviter les pressions, le refus de percevoir un mourant comme ressource d'organes potentiels). En ce sens, il nous est apparu que la volonté de répondre à la demande de santé pouvait également conduire à remettre en cause le principe d'indisponibilité. L'objet de ce chapitre, comme dans le précédent, est de proposer de l'appliquer jusqu'au bout, moins afin de faire obstacle aux pratiques actuelles qu'afin de proposer, ce que le droit prétend faire, le respect du principe de proportion (prélever les morts d'abord et récupérer les déchets avant d'inventer de nouveaux morts ou de mutiler des personnes en parfaite santé).

**Le second titre** de la seconde partie analyse les remises en cause du principe induites par la présence d'intérêts financiers dans le champ de la recherche comme dans celui du médicament. L'extension de la définition du médicament, c'est-à-dire du marché du médicament, a des conséquences sur les corps qui servent de ressource, soit expérimentale, soit thérapeutique.

**Le septième chapitre** a ainsi pour objet d'analyser la manière dont l'industrie s'approprie les éléments et produits du corps humain au stade de la recherche, la justification de la finalité scientifique ayant permis de faire déroger la conservation d'éléments et produits au cadre non lucratif initialement prévu. Il faut ainsi pouvoir conserver des éléments dans son laboratoire, ce qui justifie la démultiplication des sources d'acquisition (sur cadavres, sur déchets, et dorénavant sur vifs dans le cadre ou hors

du cadre d'une recherche biomédicale). Il faut également avoir accès aux corps toujours plus facilement. Une fois la recherche effectuée, il faut également protéger les inventions, ce qui a supposé de rendre brevetables des spécialités incorporant des éléments et produits du corps humain. Les logiques de profit en matière de recherche conduisent alors à remettre en cause le principe d'indisponibilité parce que la santé n'est pas le but poursuivi par l'ensemble des acteurs. Les recherches impliquent nécessairement des effets indésirables. L'organisation actuelle des recherches, les conflits d'intérêts dans le champ médical et la dimension lacunaire des contrôles prévus autorisent des recherches inutiles et pratiquées sur des sujets inégalement exposés (puisque l'indemnisation est une incitation à subir une atteinte pour des raisons financières). Nombre d'effets indésirables graves, qui se comptent chaque année par dizaine de milliers, pourraient être évités.

Enfin, **le dernier chapitre** revient sur l'histoire du médicament et la manière dont l'industrie pharmaceutique est parvenue à reconquérir le champ duquel elle avait été largement exclue. En créant la catégorie nouvelle des « produits d'origine humaine » devenus les « éléments et produits du corps humain », il s'agissait – ce qui a été analysé au quatrième chapitre – de lier à une qualification (éléments et produits) un régime (bénévolat et non profit). C'est contre le médicament que cette catégorie a été construite et par conséquent contre l'industrie pharmaceutique. L'Union européenne a permis le retour des pharmaciens, la France ne s'y étant pas opposé, d'abord par le sang, celui-ci retrouvant son rôle de modèle mais en sens inverse. Largement saisi par le droit de l'Union européenne, le non-profit a été redéfini avant d'être abandonné, pour le sang transformé, ce qui a eu des conséquences sur la fixation des tarifs de cession également en matière de produits sanguins labiles. Largement abandonnée pour le sang (passage des produits sanguins stables aux médicaments dérivés du sang), la règle du non-profit est progressivement abandonnée concernant les autres éléments (des tissus et cellules aux médicaments de thérapie innovante). L'industrie pharmaceutique étant un commerce, l'immixtion des logiques de profit implique un certain nombre de dépenses inutiles (marketing, commercialisation, alors qu'auparavant le modèle monopolistique permettait d'affecter les surplus éventuels à la recherche). En outre, la logique commerciale est une logique de consommation, l'augmentation des ventes étant recherchée donc la surconsommation un effet hautement désirable, ce qui n'est pas sans poser de difficultés lorsque la ressource sont les personnes ou les embryons humains. Enfin, exiger le don lorsque l'industrie réalise des profits est difficile à défendre sur un plan moral et politique, ce qui fragilise le bénévolat sur un plan juridique, déjà largement remis en cause à l'étranger. La France participe au demeurant à cette fragilisation via le Laboratoire français de fractionnement des biotechnologies, le fractionneur français rémunérant désormais des donneurs à l'étranger.

Il n'est donc pas possible à terme de dissocier les profits du bénévolat, le régime de la circulation de celui du prélèvement. Les conséquences de cette dissociation, peuvent être appréhendées : atteintes inutiles mais toujours plus nombreuses, qui, devenues injustifiables, devront comme les expérimentations inutiles, trouver une raison de les admettre par la rémunération des sujets. Ainsi, le retour du secteur lucratif met à mal tant les principes d'économie que de non-négociation et par conséquent le principe d'indisponibilité.

En définitive, notre objet dans le cadre de cette thèse n'a jamais été guidé par la volonté de s'opposer idéologiquement aux nouvelles pratiques, mais simplement de montrer qu'il était possible de les admettre si elles étaient organisées dans un cadre public qui permettait tant de limiter les atteintes à l'intégrité portées aux personnes que de protéger, de manière égale, leur santé. La nouvelle conception de la santé comme la conquête de nouveaux territoires par l'industrie pharmaceutique exposent des personnes à des risques à la fois inutilement et inégalement. Montrer la manière dont cela a été rendu possible est l'objet du dernier titre.

[Marie-Xavière Catto](#), «Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps»  
RDLF 2015, thèse n°09([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))