

Les principes de personnalisation du corps dans l'activité de don

Sophie Dumas-Lavenac*

En découvrant l'interchangeabilité des éléments et produits du corps humain, la médecine a obligé le droit à penser celui-ci, à ne plus se contenter d'une conception de la personne comme pure volonté¹. Certaines atteintes au corps apparaissant alors légitimes, la protection de la composante physique de la personne qui prévalait jusqu'alors, et qui reposait exclusivement sur la sanction pénale et la réparation civile des atteintes à son intégrité, s'est révélée insuffisante. Il a donc fallu organiser une protection du corps humain qui tiendrait compte de la légitimité de ces atteintes. Et c'est bien dans cette démarche que s'inscrit l'article 16-2 du Code civil, issu de l'une des premières lois dites « de bioéthique » de 1994. Cet article envisage les atteintes illicites au corps humain. Interprété *a contrario*, il révèle l'existence d'atteintes licites au corps².

De telles atteintes étaient déjà possibles lorsqu'elles étaient pratiquées dans l'intérêt de la personne, par une personne qualifiée. Ainsi le médecin échappait-il aux

* Docteur en droit de l'Université de Rennes 1. Maître de conférences, Université de Lorraine

¹ J.-C. GALLOUX, «Le corps humain dans le code civil», in *1804-2004, Le Code Civil*, Dalloz, 2004.

² F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^e éd., Dalloz, 2005, n°58.

poursuites pénales. Notons cependant que cette possibilité n'a pas été clairement posée dans le Code civil avant 1994³. Une telle possibilité relève du bon sens, et ne pose pas de réels problèmes. L'atteinte est ici nécessaire à la préservation de l'intégrité physique. L'intérêt de la personne la commande, le préjudice consistant à ne pas porter cette atteinte. Ceci explique que le droit ne se soit, pendant longtemps, intéressé que de très loin aux activités médicales. La protection des personnes passait par la garantie des compétences de celui qui était autorisé à porter atteinte au corps, et non par le contrôle du détail de ses activités. L'opportunité, la nécessité de l'atteinte était présumée dès lors que celui qui la portait était docteur en médecine⁴. A l'inverse, la possibilité de puiser dans un corps ce qui manque à un autre pour survivre est une question plus délicate. Les progrès de la technique médicale ont abouti à ce que les soins n'impliquent plus seulement de porter atteinte au corps de la personne que l'on soigne, mais aussi à celui de personnes saines. L'atteinte, qui consiste à prélever sur un corps un élément ou un produit de celui-ci, afin de l'utiliser pour en soigner un autre, présente une légitimité moins évidente. Si c'est toujours la nécessité thérapeutique qui la commande, ce n'est plus l'intérêt de la personne au corps de laquelle on porte atteinte qui est servi, mais celui d'une autre.

Dès lors, on ne peut plus se contenter de la qualité de médecin de celui qui exécute l'acte attentatoire au corps pour présumer qu'il faut l'autoriser. Pour autant, il n'apparaît pas opportun de se priver d'une telle avancée thérapeutique. L'enjeu bioéthique apparaît : comment permettre à la science médicale de réaliser ses promesses tout en l'empêchant d'aboutir à des dérives ? Se mêlent alors l'éthique et la technique juridique. Il revient à la première de déterminer dans quelles conditions de telles atteintes sont socialement

³ Article 16-3 du Code civil.

⁴ M.-H. RENAULT, « L'évolution de l'acte médical », *RDSS* 1999, p. 45.

souhaitables, à la seconde de trouver les fondements, en droit, qui permettent de les autoriser. La personne peut-elle décider que l'on portera atteinte à son intégrité physique, que l'on prélèvera des éléments ou des produits sur son corps en dehors de son propre intérêt thérapeutique ? Peut-elle disposer de son corps comme s'il s'agissait d'une chose dont elle est propriétaire ? Si le droit positif ne tranche pas explicitement la question de savoir si le corps est la personne, et que le débat doctrinal quant à l'appropriabilité du corps n'est pas définitivement clos, la tendance majoritaire est cependant à l'assimilation du corps à la personne. De cette assimilation découle le principe d'indisponibilité du corps humain : le corps n'est pas une chose puisqu'il est la personne. Celle-ci n'en est pas propriétaire. Pour autant, le prélèvement d'éléments et de produits du corps humain dans l'intérêt d'autrui est possible, et est qualifié de don. Le corps humain est indisponible mais la personne peut donner certaines parties de son corps. La contradiction semble irréductible. Confronté à l'activité de don, le principe d'indisponibilité du corps humain doit être regardé, si ce n'est comme inexistant, du moins comme inopérant. En effet, la possibilité de prélever des éléments ou produits du corps dans l'intérêt exclusif d'autrui, d'une personne autre que celle que l'on prélève, implique nécessairement une certaine disponibilité du corps. Disponibilité certes, mais disponibilité limitée, encadrée. Et de l'étude de ce cadre, il ressort à première vue que le législateur adhère à la théorie de l'assimilation du corps à la personne. Le corpus bioéthique français refuse de faire du corps un objet de propriété, en érigeant une frontière entre corps et droit patrimonial⁵, frontière dont le franchissement est sanctionné pénalement⁶. Mais ce qui fonde, en droit, cette interdiction de s'approprier le

⁵ Article 16-5 du Code civil.

⁶ Articles 511-2, 551-4 et 511-9 du Code pénal, qui sanctionnent le fait d'obtenir un élément ou un produit du corps contre un paiement.

corps, c'est moins le fait qu'il soit la personne, et donc pas une chose, que le fait qu'il soit humain. Ce qui limite la disponibilité du corps, ce n'est pas tant son statut de personne que la dignité que son humanité lui confère. Les atteintes au corps dans l'intérêt d'autrui sont donc autorisées, pourvu que les conditions dans lesquelles elles sont pratiquées respectent la dignité humaine⁷, et c'est à l'aune de ce principe que le droit français les encadre.

La première limite tendant au respect de la dignité humaine tient à la finalité du prélèvement dans l'intérêt d'autrui. L'article 16-3 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi relative à la bioéthique du 6 août 2004, nous apprend qu'une telle atteinte n'est possible que dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Et s'il est apparu nécessaire d'autoriser ces atteintes, en 1994, le législateur a subordonné leur validité au respect de trois principes que sont le consentement, la gratuité et l'anonymat. Il a d'ailleurs choisi de les intégrer au Code civil, ce qui témoigne de l'importance que le législateur leur accorde. Ils apparaissent alors comme la base d'un droit commun des dons d'éléments et de produits du corps, rattachant le corps à la personne humaine, en organisant, par leur articulation, la protection de sa dignité. La question de leur efficacité se pose alors. Le législateur envisage l'activité de don comme un tout auquel ces trois principes doivent s'appliquer uniformément pour assurer le respect du principe fondateur, celui de la dignité humaine. Mais pour s'assurer de la pertinence de ce système, il faut décomposer l'activité de don, vérifier l'application des principes pour chaque activité. Il

⁷ Sur la notion de dignité humaine, voir notamment : C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (sous la dir. de), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, coll. Droit et justice, 2005 ; F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », in Ph. PEDROT (dir.) *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Bolze*, Economica, 1999, p. 29 ; M.-L. PAVIAT et Th. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, "Études juridiques", 1999.

en ressort que pour la majorité des dons, la finalité prévue à l'article 16-3 autant que les principes de consentement, de gratuité et d'anonymat sont le plus souvent respectés, et s'articulent pour protéger la personne du donneur. Mais il en ressort aussi que certaines activités de dons ne présentent pas ces garanties, ce qui pousse alors à s'interroger sur la réalité de la personnification du corps. Si le droit français s'attache à la personnification du corps, notamment par la référence à la volonté (I), les principes qu'il met en place pour servir cet objectif rencontrent parfois l'échec (II).

1 La personnification par la référence à la volonté

L'existence d'une volonté est bien la marque de la présence d'une personne. Or dans l'activité de don, il est sans cesse fait référence à la volonté du donneur, le corps semblant perçu comme le siège de cette volonté (A), dont le législateur s'attache à garantir la liberté (B).

A) Le rôle de la volonté

On observe une véritable personnification du corps du donneur dans les activités de don de sang, d'organes, lorsqu'ils sont prélevés sur des personnes vivantes, et de tissus et cellules, lorsqu'ils sont prélevés en vue d'une utilisation thérapeutique ou scientifique. On remarque tout d'abord que la condition de finalité est remplie. Ces prélèvements sont réalisés en vue de soigner. L'enjeu du soin est d'ailleurs vital. Ces atteintes au corps humain sont donc justifiées par la perspective de préserver la vie d'une personne. Bien plus que l'interchangeabilité des éléments et produits du corps, c'est la solidarité humaine qui est ici en cause⁸. Et si le législateur autorise l'expression de cette solidarité par considération pour la situation du receveur potentiel, à la lecture des textes, c'est

⁸ C. M. MAZZONI, « Le don, c'est le drame. Le don anonyme et le don despotique » *RTD civ.* 2004, p. 701.

bien la protection du donneur qui apparaît comme une priorité. Cette protection passe par l'exigence d'un consentement libre et éclairé, consentement qui rattache le produit du don à la personne du donneur. La loi s'attache à encadrer le prélèvement d'éléments et de produits du corps bien plus qu'à organiser la possibilité de se procurer des produits thérapeutiques d'origine humaine. Si la sécurité du receveur est envisagée par les dispositions du Code de la santé publique, ce n'est qu'incidemment, à l'occasion des règles imposées aux établissements publics ou de santé⁹. Lorsque le receveur est cité, c'est le plus souvent dans des dispositions consacrées à la protection du donneur¹⁰. Le corps du donneur n'est pas un gisement de ressources mais le siège d'une volonté sans l'accord de laquelle aucune atteinte n'est possible. La volonté ne peut s'exprimer que dans le cadre de la loi, et n'est donc pas libre d'autoriser n'importe quelle atteinte, mais elle est une condition incontournable de la licéité du don.

Il ne faut ici pas s'y tromper. Le pouvoir de la volonté du donneur n'implique pas qu'il puisse disposer des éléments de son corps comme il disposerait d'un élément de son patrimoine. L'importance donnée au consentement paraît naturelle, mais peut aussi apparaître comme entrant en contradiction avec le principe de dignité humaine. En effet, la dignité humaine dépasse l'individu, dont la volonté est

⁹ Par exemple : art. L. 1221-13CSP définissant l'hémovigilance en matière de transfusion sanguine et art. L. 1222-1 du même Code détaillant les missions de l'Etablissement Français du Sang. Pour les établissements de santé : art. L. 1231-1 B CSP sur les règles de répartition et d'attribution des greffons, art. L. 1234-1s. CSP consacrés aux greffes d'organes. L'ensemble de ces dispositions est précisé dans la partie réglementaire du CSP.

¹⁰ Notamment art. L. 1221-7 CSP prévoyant l'anonymat en matière de don de sang ou art. L. 1231-1 CSP sur l'information du donneur d'organe (pour un prélèvement sur une personne vivante).

impuissante à faire disparaître l'atteinte à la dignité¹¹. En réalité, c'est le législateur qui, en autorisant certains actes sur le corps dans l'intérêt d'autrui, décide qu'ils n'entrent pas en contradiction avec la dignité. Seulement cette contradiction réapparaît si les actes ne sont pas accomplis de la manière dont l'a prévue la loi. Ainsi l'acte n'est-il pas en lui-même illicite, mais il le devient s'il est pratiqué sans le consentement préalable de la personne¹². La dignité humaine est préservée par la garantie que la personne reste libre de refuser l'acte : d'y consentir ou non. L'utilisation du corps humain est permise par la loi, mais seule la personne elle-même peut autoriser cette utilisation quant à son propre corps. Il ne suffit d'ailleurs pas que le donneur consente à l'atteinte pour qu'elle ait lieu. Les organismes préleveurs peuvent être tenus de refuser de prélever, alors même que le donneur voudrait subir une telle atteinte. Tel est le cas notamment des personnes de plus de 65 ans ou pesant moins de 50 kg en matière de don de sang¹³. Le consentement du donneur ne témoigne donc pas de la toute-puissance de la volonté mais de l'intangibilité du corps. Sa seule volonté n'a pas le pouvoir de rendre licite l'atteinte à son intégrité physique qui ne sert pas son propre intérêt thérapeutique mais celui d'autrui. C'est le respect des conditions légales qui emporte la licéité, et parmi ces conditions figure le consentement de la personne prélevée. Le

¹¹ C'est ce qui ressort la célèbre décision du Conseil d'Etat *Commune de Morsang sur Orge* (CE, ass. 27 oct. 1995, P. FRYDMAN, *RFD adm* 1995, p. 1204 ; G. LEBRETON *D.* 1996, J., p. 177), qui s'est prononcée sur le « lancer de nain ». Peu importe que la personne qui se prêtait à cette activité le fasse de son propre chef. Pour une critique de cet aspect de la dignité humaine voir : D. ROMAN, « A corps défendant, La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

¹² Des sanctions pénales sont alors applicables : articles 511-3, 511-5 et 511-6 du Code pénal.

¹³ Arrêté du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang.

pouvoir de la volonté est ici réduit à son strict minimum : la volonté n'a pas le pouvoir d'autoriser tout ce que la loi n'interdit pas, mais peut exclusivement accepter ce que la loi autorise. La permission légale précède le consentement individuel. Les atteintes au corps humain ne sont qu'exceptionnellement autorisées, et elles ne peuvent pas être pratiquées contre la volonté de la personne.

Tout s'articule d'ailleurs autour de cette volonté. En effet les autres principes, la gratuité et l'anonymat ont pour vocation essentielle de garantir la liberté du consentement.

B) Les garanties d'une volonté libre

Gratuité et anonymat sont au service de la liberté de la volonté. La gratuité en ce qu'elle empêche des considérations financières d'influer sur l'acceptation de l'atteinte, et l'anonymat en ce qu'il garantit cette gratuité, en rendant impossible tout contact entre donneur et receveur. La gratuité et l'anonymat semblent suffire à garantir la liberté du consentement au don de sang, car le législateur n'impose aucune exigence particulière quant au recueil de ce consentement, ou quant à une quelconque information qui devrait le précéder. Cette situation s'explique sans doute par le peu de risques qu'un tel prélèvement fait courir au donneur. Dès lors que ce risque augmente, les exigences relatives à la qualité du consentement augmentent avec lui. La loi impose alors des conditions de forme applicables à son recueil, ou la délivrance d'une information dont elle va parfois jusqu'à préciser le contenu, comme c'est le cas notamment en matière de prélèvement d'organes sur une personne vivante.

Dans cette activité spécifique, on note d'ailleurs que la protection du donneur repose en grande partie sur celle de son consentement, car si la gratuité lui est applicable, même si elle

n'est envisagée qu'au titre des sanctions pénales¹⁴, l'anonymat ne l'est pas. Il n'assure alors pas son rôle de garantie de la gratuité, et l'on peut craindre que la liberté du consentement soit moins protégée. Cela pose par ailleurs question quant à la réelle vocation de ce principe à assurer la protection du donneur puisque le législateur a ici estimé plus protecteur de ne pas l'appliquer. Or le prélèvement d'organe sur une personne vivante est sans doute l'activité de don la plus dangereuse pour le donneur, en ce qu'elle implique un risque de mort non négligeable. Il est assez étonnant que le législateur ait ici choisi de limiter la possibilité de prélèvement au cercle familial et intime, cercle dans lequel l'attachement affectif est justement de nature à obérer la liberté du consentement, particulièrement en cas d'urgence¹⁵. Pour cet acte particulier, les mécanismes protecteurs du consentement, gratuité et anonymat, sont remplacés par l'information et la solennité, qui sont dans ce cas poussées à leur maximum. En effet, les dispositions législatives consacrées à ce prélèvement spécifique sont presque exclusivement consacrées au recueil du consentement du donneur. On peut supposer que ce sont les contraintes techniques inhérentes à la greffe d'organes qui obligent le législateur à adopter cette stratégie.

La compatibilité tissulaire nécessaire à la réussite de la greffe fait du cercle familial un lieu privilégié pour la recherche du greffon. Mais cette donnée médicale ne suffit pas à expliquer la mise à l'écart du principe d'anonymat. En effet, la loi intègre au cercle des donneurs, certes par dérogation, le

¹⁴ Pour cet acte particulier, les dispositions spécifiques qui lui sont consacrées ne rappellent pas le principe de gratuité, comme c'est pourtant le cas quant aux autres actes. Il est donc applicable en vertu des principes généraux qui figurent autant dans le Code civil que dans le Code de la santé publique. Il est cependant envisagé spécialement par les dispositions pénales du Code de la santé publique.

¹⁵ Dominique DREIFUSS-NETTER, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », D. 2005, p.1808.

conjoint du receveur, ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère, et depuis peu les amis proches¹⁶, pas plus compatibles, *a priori*, que n'importe quel étranger anonyme. En outre, dans le cadre de la révision de la loi de bioéthique, la pratique des dons croisés a été autorisée pour remédier à la pénurie d'organes¹⁷. Cette pratique qui consiste, pour deux couples donneur-receveur à « échanger » les organes prélevés sur les donneurs, le receveur du premier couple se voyant greffé l'organe prélevé sur le donneur du second et *vice versa* fait bien sortir le don d'organes du cercles familial. Il faut d'ailleurs relever que cette pratique a vocation à favoriser la compatibilité tissulaire et à permettre la greffe quand bien même aucun donneur compatible n'a été trouvé dans l'entourage. De ces remarques on peut déduire que ce n'est pas seulement cette contrainte technique de la compatibilité qui a guidé le législateur dans son choix initial de limiter au cercle familial le champ des donneurs potentiels. Peut-être l'explication se situe-t-elle ailleurs. Que l'on considère la loi ancienne ou la légalisation récente sur les dons croisés, on remarque que le sacrifice, par une personne vivante, d'un organe, n'est autorisé que si, d'une manière ou d'une autre, ce prélèvement sert son propre intérêt. Dans un cas, en cherchant à éviter le décès d'un de ses proches, dans l'autre, en lui procurant un organe nécessaire à sa survie. Il semblerait alors que le législateur n'ait pas souhaité permettre aux personnes de consentir au prélèvement, de leur vivant, d'un organe, de façon purement altruiste et désintéressée.

¹⁶ Article L. 1231-1 du Code de la santé publique issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Cette extension du cercle des donneurs peut aussi faire craindre une atteinte au principe de gratuité.

¹⁷ Le développement de cette pratique en France a été préconisé par les citoyens du forum de Strasbourg, lors des états généraux de la bioéthique. Cf. « Rapport final, Etats généraux de la bioéthique », Alain Graf, p. 48. Cette proposition a été reprise par le rapport Léonetti : « Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, n° 2235 », déposé le 22 janvier 2010, proposition n° 64.

Apparaît ici l'idée de protection de la personne contre elle-même, qui se rattache à la notion de dignité humaine, et qui limite le pouvoir de la volonté. Ce rejet ponctuel de l'anonymat, associé à un formalisme exacerbé de l'expression du consentement viserait alors à protéger le donneur. En outre, l'attention portée au consentement du donneur d'organe vivant nous pousse à nous interroger sur la considération dont bénéficie la personne lorsque le consentement n'est pas exigé. Dans certains cas et pour des raisons diverses, les principes de personnification du corps sont tenus en échec.

2 L'échec des principes de personnification du corps

Il est des cas dans lesquels la dignité semble céder devant la finalité, et notre corpus bioéthique laisse en effet apparaître des brèches dans l'application des principes, qui posent question quant à leur capacité à assurer la personnification du corps. Cet échec vient tantôt de la loi elle-même (A), tantôt des circonstances pratiques (B).

A) La violation des principes par la loi

On remarque d'abord que cette personnification disparaît lorsqu'apparaît le cadavre, ou lorsque des éléments sont détachés du corps dans l'intérêt thérapeutique de la personne. Si comme nous l'avons supposé, cette personnification repose sur l'exigence de consentement, les prélèvements d'organes *post mortem* et l'utilisation des résidus du corps humain, pour lesquels le consentement laisse place à l'absence d'opposition, sont des activités qui tendent à la réification du corps. L'expression « consentement présumé », par laquelle on désigne la règle qui veut que les organes peuvent être prélevés après la mort, dès lors que la personne ne s'y est pas opposée de son vivant, témoigne de la gêne provoquée par cette utilisation de la dépouille humaine. Cette expression s'efforce de rattacher, par une fiction, le

prélèvement *post mortem* aux principes applicables aux prélèvements *in vivo*, et qui protègent la dignité humaine. Mais cette fiction a pour seul effet de voir un consentement là où il n'y en pas¹⁸, et de révéler que nous n'assumons pas cet affaiblissement de la protection, comme le révèle aussi l'absence de communication à l'égard du grand public quant à cette règle, et la difficulté qu'ont les médecins à l'appliquer. Il est connu que lors de son élaboration en 1976, cette règle avait pour objectif d'optimiser le nombre d'organes disponibles à la greffe. Il est flagrant que cet objectif n'est pas atteint, mais aussi que la finalité pour le receveur l'emporte ici sur la protection du donneur.

La personne est d'autant moins considérée que le respect de sa volonté, exprimé de son vivant, de faire don de ses organes après sa mort n'est pas garanti. La distorsion entre la loi et la pratique aboutit à ce résultat. Que l'on s'attache à la loi, qui met les organes des morts à la disposition des vivants, ou à la pratique, qui place la décision entre les mains de la famille, la volonté de la personne, de son vivant, n'a pas de prise sur cette utilisation de son cadavre¹⁹. Plus exactement, elle n'a de prise sur cette utilisation que si elle la refuse, et que ce refus s'exprime sur le registre national informatisé prévu à cet effet. Le consentement n'est pas nécessaire pour le législateur, en même temps qu'il peut, s'il existe, ne pas être suivi d'effet en pratique. S'il est inenvisageable de ne pas

¹⁸ Sur ce point, voir : D. THOUVENIN, « L'obtention des organes : le don comme finalité, le prélèvement comme modalité », in *Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits : réalités et perspectives*, sous la direction de B. FEUILLET-LE MINTIER, PUF, 1999, Coll. « droit et justice ».

¹⁹ Ce problème a été abordé par les citoyens du forum de Strasbourg, qui ont largement remis en cause le principe du « consentement présumé », préconisant même de l'inverser, et d'interdire le prélèvement si le consentement de la personne de son vivant n'a pu être établi. Voir aussi : A. TERRASSON DE FOUGERES, « Que votre oui soit oui : plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvements d'organes », *RDSS* 2000, p. 339.

associer la famille au prélèvement, la laisser seul témoin de la volonté du défunt n'est sans doute pas satisfaisant non plus. Respecter le souhait de la famille, ne pas aller à l'encontre du refus du prélèvement par les proches, n'entre pas nécessairement en contradiction avec la possibilité laissée d'exprimer sa volonté de voir ses organes prélevés après sa mort. Cela permettrait, dans les cas où la personne s'est exprimée, d'éviter de laisser cette lourde décision à la seule famille, ou au moins de l'aider à la prendre. Ce que l'on peut dire du droit positif, qui n'a en rien été modifié par la réforme récente, c'est que le corps devient chose lorsqu'il devient cadavre, et que le prélèvement d'organes *post mortem*, assimilé au don, même si le législateur n'emploie jamais ce terme à son propos, est une activité qui réifie le corps bien plus qu'elle ne le personnifie. Reconnaissons néanmoins que cette finalité est celle que prévoit l'article 16-3, à savoir l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Or il est une autre activité de don dans laquelle cette condition relative à la finalité n'est pas remplie : celle du don de gamètes. Ces dons n'ont pas vocation à soigner une infertilité, ils ne permettent que de la contourner. La loi organise donc sa propre violation, et si celle-ci est sans doute moins importante qu'avant 2004 et la modification de la rédaction de l'article 16-3, elle subsiste. Et il est à craindre de l'incohérence de ce dispositif législatif qu'elle aille de paire avec une efficacité toute relative.

Ainsi, c'est la construction même du corpus bioéthique français qui engendre des doutes quant à son efficacité à protéger le corps humain, c'est-à-dire à assurer sa personnification. C'est seulement en 2004 que le législateur a inscrit dans les textes l'intérêt thérapeutique d'autrui comme pouvant justifier une atteinte au corps. Les lois de 1994, premières à envisager de manière globale le don et l'utilisation des éléments et produits du corps, permettaient déjà

l'utilisation du corps au bénéfice d'autrui, alors même qu'elles posaient le principe selon lequel une atteinte ne pouvait être portée au corps que dans l'intérêt de la personne. Ces lois ne faisaient d'ailleurs qu'encadrer une pratique médicale qui les a toujours précédées. Que la pratique médicale précède la réflexion et l'action législative est sans doute inhérent à la matière bioéthique, en ce qu'il est difficile d'anticiper les progrès scientifiques. Mais l'évolution de l'article 16-3 du Code civil révèle aussi que la loi technique, celle qui définit la pratique, précède celle qui pose les principes généraux. Si la logique juridique, et la rédaction des articles 16 et suivants du Code civil, voudraient que l'organisation des atteintes soit conforme aux principes généraux qu'édicte ces dispositions, la chronologie de leur élaboration montre que c'est en réalité l'inverse qui se produit. Au lieu d'un mouvement descendant, partant du Code civil, recueil de dispositions générales et fondamentales, pour aller vers le Code de la santé publique, regroupant les lois spéciales, on observe un mouvement ascendant, du spécial vers le général. L'autorité des dispositions générales et fondamentales apparaît alors inexistante, puisque le spécial dicte le fondamental. Pour autant, les spécificités pratiques de certains dons ne sont pas prises en compte dans l'application qui leur est faite des principes généraux ce qui conduit, là encore, à une certaine réification du corps.

B) L'indifférence aux spécificités pratiques du don de gamètes

Le don de gamètes est sans doute l'activité qui appelle le plus la remise en question des principes généraux applicables aux dons, et notamment, bien évidemment, le principe de l'anonymat qui, faillant à sa mission de garantie de la gratuité en ce qui concerne le don d'ovocytes, conduit, pour certains, par sa propension à nier l'existence du donneur, à une réification certaine des facultés procréatrices.

En effet, malgré l'anonymat, il semble que le don d'ovocytes ne soit pas toujours gratuit. C'est ici l'inadéquation entre l'offre et la demande, la seconde étant bien supérieure à la première, qui incite les couples en attente d'ovocytes à recruter des donneuses, ce recrutement, par définition, engendrant des risques de rétribution, en violation du principe de gratuité²⁰. Et l'on voit ici les lois du marché faire surface, et tenir en échec les lois juridiques. Et si, sur le territoire français, ces pratiques sont difficiles à quantifier mais, espérons-le, marginales, leur existence est indéniable au niveau européen. A noter que la gratuité du don de gamètes est encore mise à mal par la nouvelle possibilité offerte par la loi depuis 2011, qui consiste à permettre aux femmes n'ayant pas eu d'enfants de donner leurs ovocytes en échange de la conservation d'un certain nombre d'entre eux, alors qu'une telle conservation est interdite en France lorsque la femme ne souffre d'aucune maladie menaçant sa fertilité. Cette conservation constitue bien alors une rémunération, en ce qu'elle offre un avantage. Toutefois nous n'assistons ici qu'à un défaut de mise en pratique du principe, et non à un effet pervers de celui-ci. Un tel effet peut, à l'inverse, être observé avec le principe d'anonymat du donneur ou de la donneuse de gamètes.

Etrangement, ce principe destiné à garantir la personnification du corps lors de son utilisation dans l'intérêt d'autrui, aboutit, dans ce cas précis, à une dépersonnification et à une déshumanisation du processus de procréation pour l'enfant qui en est issu. Cette dépersonnification suit deux directions. D'une part, l'anonymat absolu du donneur ou de la donneuse de gamètes conduit à considérer les gamètes comme

²⁰ Ces pratiques et la marchandisation des ovocytes ont notamment été dénoncées par Mme G. GUIBERT, gynécologue, lors de son audition par l'OPESCT dans le cadre de la révision de la loi de bioéthique : « La loi bioéthique de demain », rapport de l'OPESCT, par A. CLAEYS et J.-S. VIALATTE, Assemblée Nationale, 2008, t. 2, p. 297.

un simple matériau biologique, à les envisager comme parfaitement interchangeables, sans tenir compte de leur vocation à transmettre les caractéristiques biologiques du donneur. Cette réification du produit du corps n'est pas étonnante, dès lors que dans notre droit, la personnification du corps se limite à l'étape du prélèvement. Une fois prélevés, les éléments et produits du corps sont bien des choses. D'autre part, l'anonymat produit aussi ses effets sur l'enfant né du don, en ce qu'il lui interdit l'accès à ses origines biologiques. Pour certaines personnes nées grâce à un don de gamètes, cela revient à les priver d'une part de leur identité²¹. Ce principe, conçu pour protéger les personnes, apparaît alors discutable. Pour autant, l'anonymat présenterait aussi des vertus. Le don anonyme correspondrait au projet du donneur (spécialement du donneur de sperme, les donneuses d'ovocytes n'appréhendant pas l'anonymat de la même manière) aussi bien qu'au projet des parents. Il favoriserait aussi la révélation par les parents de son mode de conception à l'enfant. Si la baisse du nombre de donneurs consécutive à la levée de l'anonymat est discutée, l'expérience suédoise montre que les couples receveurs ont souvent préféré recevoir le don à l'étranger, où l'anonymat était garanti²². Les propositions quant à l'évolution de l'anonymat du donneur de gamètes sont nombreuses, et vont de l'accès aux données médicales non-identifiantes à la levée complète, en passant par le « double guichet ». Le rapport Léonetti préconisait le maintien du système actuel²³, pendant que celui de l'OPESCT se prononçait en faveur de son assouplissement. La révision de la loi relative à la bioéthique a

²¹ Irène THERY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique ? », *Revue Esprit*, mai 2009, p. 77. Voir aussi : V. DEPADT-SEBAG, « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D* 2010, p. 330.

²² Ces éléments sont repris dans le rapport Léonetti précité.

²³ *Op. cit.*, proposition n° 18.

²³ *Op. cit.*, t.1, p. 140.

finalement conservé l'anonymat du donneur de gamètes. Il faudra donc attendre la prochaine révision, prévue au plus tard en 2018²⁴, pour que les spécificités de chaque don puissent être intégrées à l'analyse des effets des principes, ce qui sera nécessaire pour préserver efficacement le corps humain de la réification.

Résumé

Les progrès thérapeutiques, par le développement des greffes d'organes, de la transfusion sanguine ou de la procréation médicalement assistée ont engendré une nouvelle catégorie d'atteintes au corps humain : l'atteinte portée dans l'intérêt d'autrui. Elle oblige à repenser le rapport de la personne à son corps. Les principes adoptés par le législateur français pour encadrer ces nouvelles pratiques montrent qu'il assimile le corps à la personne, et refuse la réification du corps. Cette personification du corps dans l'activité de don n'est toutefois pas parfaitement aboutie.

Mots-clés: Corps humain. Personne humaine. Don d'éléments et produits du corps. Protection de la personne. Réification. Consentement. Gratuité. Anonymat.

Abstract

Therapeutic advances through the development of organ transplants, blood transfusion or assisted reproduction have created a new category of violations to the human body: the interference in the interest of others. It forces us to rethink the relationship of the person's body. The principles adopted by the French legislature to regulate these new practices show that the body assimilates the person and refuses the commodification of the body. However, this personification of the body in donation activity is not fully accomplished.

Keywords: Human body. Human person. Organ donation. Blood donation. Gamete donation. Protection of the human person. Reification. Consent. Free. Anonymity.

²⁴ L'article 47 de la loi prévoit sa révision dans un délai maximal de 7 ans.

