



Lille 2 • droit et santé

UNIVERSITE DE Lille 2 – Droit et santé
Ecole Doctorale n° 74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociale

LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN

MEMOIRE réalisé en vue de l'obtention du MASTER droit filière recherche, mention droit
médical par LAPORTE Sylvie sous la direction du professeur Xavier Labbé

Année 2003-2004

Mémoire publié après autorisation du jury sur <http://edoctore74.univ-lille2.fr>

"La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui."

Déclaration des droits de l'homme de 1791.

SOMMAIRE

FEUILLET DE TITRE	1
SOMMAIRE	2
TABLE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	
5	
PREMIERE PARTIE –	
L’OBJET DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN	15
Chapitre I – LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS-OBJET.	18
Section I – L’individu aux frontières de la vie juridique	19
A - L’AUBE DE LA VIE JURIDIQUE, DE LA CONCEPTION À LA NAISSANCE	21
B – LE CREPUSCULE DE LA VIE JURIDIQUE, LES DÉCLINAISONS DE LA MORT	26
Section II – LE FOISONNEMENT DES BANQUES DE MATÉRIELS HUMAINS	31
A – L’ENCADREMENT PROGRESSIF DES BANQUES DE MATERIEL HUMAIN	32
B – LES BANQUES D’ORGANES HUMAIN, ÉTAT DES LIEUX – ÉTAT DES SCIENCES	38
Chapitre II – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET, OBJET DE VENALITE.	44
Section I – LES CHOSES PAR ANTICIPATION	44
A – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET ET L’INVOLABILITE DU CORPS HUMAIN	44
B – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET ET LA NON PATRIMONIALITE DES ELEMENTS	
DU CORPS HUMAIN	57
Section II – LES PERSONNES PAR FICTION JURIDIQUE	64
A – UNE PROTECTION CROISSANTE PAR LE RÉGIME JURIDIQUE DES PERSONNES	65
B – UN CARACTÈRE PATRIMONIAL INDÉNIABLE	68

TABLE DES ABREVIATIONS

AFSSAPS : Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé
AMA : American Medical Association
AMM : Association Médicale Mondiale
ARH : Agence Régionale de l'Hospitalisation
C.Civ : Code Civil
CE : Conseil d'Etat
C.Cass. : Cour de Cassation
CCNE : Conseil Consultatif National d'Ethique
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CESDH : Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CGI : Code Général des Impôts
CSP : Code de la Santé Publique
EFG : Etablissement Français des Greffes
ESB : Encéphalopathie Spongiforme Bovine
GEE : Groupe Européen d'Ethique
HIV : Human Immuno-déficience Virus
LFSS : Loi de Finances de la sécurité Sociale
OMC : Organisation Mondiale du Commerce
OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ONDAM : Objectif National de Dépenses de l'Assurance Maladie
ONU : Organisation des Nations Unies
OPECST : Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Techniques
PERV : Rétrovirus Endogènes Porcins
SRAS : Syndrome Respiratoire Aigu Sévère
UE : Union Européenne

INTRODUCTION
GENERALE

La vénalité des éléments du corps humain procède du glissement naturel de la vénalité du corps humain vers celle de ses éléments eu égard aux progrès des sciences et des techniques de santé destinées à l'amélioration de la santé, de la qualité de la vie et de l'essor consécutif de la recherche de bien-être. Aidée par quelques instruments internationaux au travers de leur définition large de la santé, notamment la convention de l'Organisation Mondiale de la Santé¹, la création de nouveaux besoins de santé repose sur cette recherche toujours plus poussée de bien-être et tend à justifier les incursions toujours plus poussées de la science et du marché qu'elle fait naître dans l'intimité de l'être et de l'humanité.

De l'indisponibilité au respect de la dignité de la personne

Le corps humain en raison de son caractère sacré a longtemps été réputé indisponible. En ce sens, l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 31 mai 1991², l'affaire des mères porteuses, rappelle que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Cependant, déjà avec la réglementation en matière de don de sang puis la loi du 22 décembre 1976 autorisant le prélèvement d'organes humain en vue de greffes thérapeutiques, en instituant la règle de la présomption de consentement des personnes décédées au prélèvement de leurs organes, on observe un recul manifeste de la règle d'indisponibilité que les Lois bioéthiques du 29 juillet 1994³ vont davantage prononcer.

Les lois bioéthiques de 1994 ont confirmé ces règles en les aménageant de sorte que l'on assiste, selon certains⁴, à une véritable réification de la personne, notamment de l'embryon. Les lois bioéthiques affirment le principe de dignité de la personne humaine qui semble se subsister au principe d'indisponibilité dans le cadre du respect dû à la personne humaine. Les articles 16 et s. du Code Civil énoncent les conséquences légitimes de la mise en œuvre du respect de la dignité de la personne humaine que sont le principe de « primauté de la personne » et « la garantie du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », en aucun cas l'article 16 n'émet de confusion entre la personne et l'être humain, cette prudence sémantique permet donc de réaffirmer la distinction traditionnelle et fondamentale qu'opère le système juridique français

¹ OMS, santé : « état de complet bien-être physique et mental ».

² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, aff. des « mères porteuses », Bull. cass. ass. plén., n° 4, Dalloz, 91.417.

³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, JORF

⁴ MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Defrénois, Paris, éd. 2003, spéc. 601 p. 280.

entre les frontières juridique et naturelle de la personne, le législateur se ménage par-là une certaine latitude fondée sur des incertitudes.

En outre, les deux autres principes découlant du respect de la dignité de la personne, affirmés, par la loi sont les principes d'inviolabilité⁵ et de non-patrimonialité⁶ du corps humain ; Ainsi, le principe d'indisponibilité du corps humain a été écarté au profit de ces derniers, jugés plus appropriés, car le principe d'indisponibilité posait deux types de difficultés pour sa mise en application.

Avant les lois bioéthiques, le corps ne disposait pas d'un statut distinct de celui de la personne, excepté pour les cadavres⁷, il était donc assimilé à la personne et, de ce fait, protégé au titre des atteintes à la personne. Désormais, le droit reconnaît au corps (et non plus seulement à certains de ses éléments et produits) un statut juridique en marge de la personne, notamment lorsqu'elle distingue la personne de l'être humain ; c'est alors implicitement reconnaître que l'être humain peut avoir un corps sans pour autant bénéficier de la protection liée à la jouissance de la personnalité juridique.

Fait jour une première faille dans le principe d'indisponibilité qui ne comprend le corps humain que comme personne physique et non comme chose distincte de cette personne. Sous l'égide du principe d'indisponibilité, le corps humain ne pouvait donc subir aucune atteinte propre, exceptée pour raison thérapeutique, du seul fait qu'il abrite la personne physique et en était indissociable. Ceci impliquait que, de facto, le corps humain devait suivre le régime juridique des personnes et non des biens, ce que le droit pénal traduit au titre des atteintes à la personne humaine en sanctionnant tout type de violence exercée sur une personne qu'elle soit d'ordre physique ou psychologique.

⁵ C.Civ., art. 16-1 al. 2, « *le corps humain est inviolable* ».

⁶ C.Civ., art. 16-1 al. 3, « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » et 16-5, « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ».

⁷ **Autopsie** : « *aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celui ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt...* » art. L. 1232-3 C.S.P. ; **Inhumation** : « *l'inhumation ... du corps d'une personne décédée* » art. R. 2213-31 du Code des collectivités territoriales (ex art. R. 361-11 du Code des Communes) ; **Crémation** : « *la crémation* » art. R. 2213-34 du Code des collectivités territoriales (ex. art. R. 361-14 du Code des Communes) ; **Legs du cadavre à la science** : Loi Cavaillet du 22 décembre 1976 et art. 1002 du Code Civil et sous réserve de l' art. 900 du Code Civil « *dans toutes les dispositions entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois et aux mœurs, seront réputées non écrites* » ; **Répression des « atteintes à l'intégrité du cadavre »** art. 225-17 du N.C.P. et de « *la violation... de tombeaux, sépultures ou monuments* » art. 225-18 du N.C.P.

Ensuite, la théorie de l'indisponibilité supposait aussi que l'on ne pouvait faire commerce de son corps à titre onéreux, ni même d'ailleurs à titre gratuit. Or, la loi organise des systèmes de dons d'éléments du corps humain dans l'intérêt des tiers, dans le cadre de la solidarité nationale ; une seconde faille se révèle alors, et non la moindre, dans l'adaptation du principe d'indisponibilité au corps de règles juridiques et sociales qui gouvernent à la matière médicale.

Prenant acte de cette inadéquation entre le principe d'indisponibilité et l'évolution du droit de la santé, commandée par le développement des techniques médicales, il est évident que le corps humain, ses éléments et ses produits, peuvent faire l'objet d'une convention, et qui plus est, à titre onéreux d'où son remplacement par les principes d'inviolabilité et de non-patrimonialité. Aussi, pour en faciliter la prise en compte par le droit, un frein supplémentaire a été apporté au principe d'inviolabilité du corps humain défini par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, dont la rédaction de l'article 16-3 disposait que « *Il ne peut être porter atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne* », par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 qui remplace la « *nécessité thérapeutique* » par la « *nécessité médicale* », ce qui étend davantage pour la personne le champ de la disponibilité de son corps.

S'il est de la nature de toute chose que de pouvoir être l'objet de convention au regard de l'économie générale du Code Civil, il en va autrement du corps humain, de ses éléments et de ses produits. A cet égard, l'article 1128 du Code Civil précise qu' « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Sont énumérés comme étant hors commerce les clientèles civiles, les droits de la personnalité, le corps humain, les sépultures et successions. Le commerce dont il est question est le commerce économique.

Il n'en va pas de la sorte pour le commerce juridique. Ainsi, l'article 16-1 du Code Civil dispose que « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial », ce qui exclut la possibilité de former valablement une convention dont l'objet ou la cause serait un élément du corps humain. En revanche, les règles de responsabilité civile témoignent de la valeur juridique des éléments du corps humain dans la mesure où une atteinte au corps humain ou à un élément de ce dernier peut engendrer de la part de son auteur une réparation pécuniaire, assortie parfois d'une sanction pénale, ce qui postule la disponibilité du corps humain tant dans le commerce juridique qu'économique, dans la limite du respect de la dignité de la personne.

Le corps humain et ses éléments, objets de commerces

Le corps humain est-il hors commerce ?

Une chose peut être l'objet de commerce quand elle relève du droit des biens ainsi une chose est écartée du commerce en raison de ce qu'elle est. Si le corps humain est assimilé à la personne, comme le soutient une large partie de la doctrine, alors il est hors commerce. Il en est de même pour les éléments de ce dernier conséquemment à la théorie de l'accessoire qui suppose que le régime juridique des éléments du corps humain suit le régime juridique du principal c'est-à-dire le corps humain en tant que support originel, qu'ils soient ou non désolidarisés de celui-ci.

Le corps humain et ses éléments sont-ils réellement hors commerce ?

La vénalité⁸ correspond à ce qui se transmet à prix d'argent donc une « aptitude à être vendu », à faire l'objet de cessibilité⁹, de patrimonialité¹⁰ ou encore de transmissibilité à titre onéreux¹¹. Mais elle couvre aussi l'« inclination à la corruption passive, [ou le] fait d'y être accessible », la concussion¹² et le trafic d'influence¹³.

Le corps ainsi que ses éléments peuvent être l'objet de conventions les plus diverses. Du contrat de mère porteuse au contrat que les militaires signent avec l'armée, c'est la vie humaine qui est mise sur le marché. La sauvegarde de la vie humaine est aussi l'enjeu que sous-tend toute la problématique de l'appropriation des éléments du corps humain. La sauvegarde de la vie humaine peut s'exprimer de deux manières, soit on s'attache à une vie humaine particulière, identifiée, dont la sauvegarde sera l'objet d'une intervention médicale, soit encore on considère la vie humaine au sens générique du terme, c'est-à-dire dont la sauvegarde est assurée pour l'intérêt

⁸ Lexique des Termes juridiques, Dalloz, Paris, 11^e éd., 1998.

⁹ Id., Cessibilité : qualité d'un bien, d'une part sociale, d'un titre permettant sa cession. La cession étant la transmission d'un droit entre vifs.

¹⁰ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, PUF, Paris, coll. Quadriège, 4^e éd., 2004,

Patrimonialité : caractère de ce qui est patrimonial ; appartenance au patrimoine individuel indiquant que l'élément revêtu de cette qualité constitue une valeur appréciable en argent et impliquant la cessibilité et la transmissibilité de ce bien. Comp : vénalité, disponibilité, aliénabilité.

Disponibilité : pour un bien :

- qualité juridique d'un bien dont on peut librement disposer
- état matériel de la marchandise qui peut être aussitôt commercialisée par opposition à celle qui doit être produite ou fabriquée.

¹¹ Lexique des Termes juridiques, Dalloz, Paris, 11^e éd., 1998, Transmission à titre onéreux : communiquer, faire parvenir ce qu'on a reçu moyennant dédommagement pécuniaire

¹² Id., Concussion : fait pour un fonctionnaire ou un agent public d'exiger, de recevoir ou de faire percevoir un droit, une taxe ou un salaire, des sommes non dues.

¹³ Id., Trafic d'influence : *forme passive* – fait pour toute personne de solliciter, d'agréer ou de recevoir des offres, promesses, dons ou présents afin de faire, d'obtenir de l'autorité publique un avantage quelconque. *forme active* – fait, pour un individu quelconque, d'user de voies de fait, de menaces, de promesses, offres, dons ou présents pour provoquer l'intervention d'une personne en vue de l'obtention d'une de ces faveurs. »

de l'humanité - pour les générations actuelles et futures -, ce qui s'exprime au travers de la poursuite de programmes de recherches scientifiques destinés à faire progresser la science médicale.

Que ce soit dans l'intérêt direct d'un tiers ou pour l'intérêt collectif, l'objet de la convention a une valeur, la valeur de la vie non dictée par les règles du marché mais par des paramètres personnels, subjectifs. Cependant, si ces paramètres sont indifférents aux pouvoirs publics il en va autrement pour les personnes en attente de ces éléments salvateurs.

Il revient aux pouvoirs publics de fixer les règles de prélèvements, de transformation, de conservation, de transports, d'importation ou d'exportation puis d'attribution des éléments recueillis. Ces activités qui apportent une valeur ajoutée à l'élément considéré ont toutes un coût qui se répercute par un moyen ou un autre sur un budget, qu'on donne à ce budget le nom de portefeuille dans un Ministère déterminé ou de fonds de solidarité dans une association spécialisée quelconque, il faut alimenter ces fonds. Qui plus est, la pénurie recensée en matière d'organes vise à démontrer à quel point il s'agit là d'une "marchandise" rare, cette rareté contribue à leur conférer une valeur marchande ou à accroître celle-ci. Ceci n'est pas sans conséquence sur les personnes en attente "d'éléments de rechange", que ces éléments soient organiques ou des matériaux destinés à se substituer à un élément dans le cadre de sa fonction naturelle. Or, pour l'assurance maladie ces éléments ont un coût puisqu'elle en rembourse la pose et les soins consécutifs.

Un élément se définit comme « toute chose concourant avec d'autres à la formation d'un tout »¹⁴.

On entend donc par éléments du corps humain toute partie constitutive du corps humain, quelle que soit l'échelle de cet élément et sa nature, biologique ou artificielle.

On appréhende le corps humain comme étant l'enveloppe matérielle de la personne physique, or cela implique incidemment que 'ce dont procède la personne' dispose d'un corps humain, même s'il est encore en germe. De la sorte, le corps humain est l'attribut physique des embryons, fœtus, personnes puis cadavres, et n'est donc pas l'unique attribut des personnes juridiques – sujets de droits – étant donné qu'elles ne sont pas les seules à bénéficier de la qualité humaine.

¹⁴ Le Petit Larousse, 2000.

Les éléments du corps humain se définissent, en outre, par opposition aux produits de celui-ci, il faut donc souligner préalablement l'inadéquation de la réalité juridique avec la réalité biologique dans la mesure où certains éléments du corps humain se retrouvent dans des fluides biologiques et adoptent de ce fait le régime juridique des produits jusqu'à leur isolement.

On considère alors que sont des éléments du corps humain les organes, tissus, cellules, gènes et informations associées, résidus opératoires, os et squelette, membres amputés, prothèses intégrées ou amovibles, embryons et fœtus, matériels biologiques issus de transgénèse animale, matériels biologiques ingénierés.

Le corps humain et ses éléments, causes de commerces

Les conventions portant sur le corps humain et ses éléments ont-elles toutes une cause illicite ou immorale ?

Il n'est pas forcément illicite ou immoral de faire commerce de son corps, toutefois il devient plus difficile de l'affirmer quant aux éléments du corps humain. Les éléments du corps humain s'entendent non seulement de ses composantes originelles que sont les organes, tissus, cellules et gènes, ainsi que les éléments retrouvés dans les produits et les déchets opératoires, mais ils s'étendent de plus en plus aux matériaux biotechnologiques qui n'ont de cesse d'évoluer, allant de l'appareillage médical le plus simple à la prothèse la plus complexe. Il est de la nature cette dernière catégorie d'élément d'être des biens, donc cessibles à titre onéreux. Les éléments du corps humain peuvent eux-mêmes avoir vocation à remplacer chez un autre être humain un élément défaillant par les mécanismes de la transplantation d'organes ou de la greffe de tissus. On ne voit donc pas pourquoi, pour une fonction équivalente, les premiers pourraient faire l'objet d'un commerce et pas les seconds ; Les éléments du corps ne deviennent-ils pas des choses une fois séparés du principal ? N'ont-ils pas une valeur, celle de la vie ou de la qualité de vie qu'ils sont censés procurer à soi ou à autrui ? Le système de santé lui-même ne fixe-t-il pas les règles d'attribution des éléments disponibles du corps humain en projetant par là l'ombre d'une classification des individus par la reconnaissance officielle d'une échelle de valeur de la vie ? Où se fixe dès lors la barrière de l'illicite et de l'immoral dans les conventions ayant pour objet un (ou des) élément(s) du corps humain ?

L'article 6 du Code Civil dispose que « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public garantissent la licéité et la moralité des conventions, mais le sens de ces deux notions a évolué dans la pratique juridictionnelle, ce qui aboutit à un contrôle renforcé du respect de l'éthique dans les conventions engageant l'intégrité du corps humain ou les éléments de celui-ci.

Les bonnes mœurs initialement tournées vers la protection d'une morale commune héritée de la pensée chrétienne et s'attachant aux rapports entre les sexes ne sont plus adaptées dans une société permissive qui revendique la liberté de ses mœurs individuelles. A la notion de bonnes mœurs se substitue celle, plus appropriée à la mouvance actuelle, de respect de la dignité humaine, notion que l'on retrouve maintenant à la tête des droits de l'homme auxquels nos sociétés contemporaines sont très attachées et sur laquelle se fondent de multiples conventions internationales¹⁵, sans même la citer pour certaines¹⁶.

Sous la même impulsion, l'évolution de la notion d'ordre public est évocatrice. L'ordre public a pour fonction « la sauvegarde de l'ordre social d'un Etat ou d'une société donnée »¹⁷, il devient le corollaire nécessaire à l'organisation de l'ordre politique. Au niveau national, c'est dans deux affaires célèbres dites « du lancer de nains¹⁸ » que le Conseil d'Etat a intégré la dignité humaine comme quatrième composante de l'ordre public, et précise que les détenteurs du pouvoir de police municipale peuvent, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porterait atteinte à la dignité de la personne humaine. Au niveau communautaire, ce terme d'ordre public n'a pas le même sens, toutefois il est doté d'un « contenu dynamique qui suit le processus d'intégration communautaire et qui repose sur une conception plus ou moins harmonisée de l'intérêt communautaire et de l'Union »¹⁹. Il faut en outre noter que le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire et que les Etats membres de

¹⁵ 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, dite convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Conseil de l'Europe, Oviedo, 4 avril 1997 ; Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, UNESCO, Paris, 10 décembre 1948 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, Union Européenne, Nice, décembre 2000.

¹⁶ Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950 ; Déclaration d'Helsinki, Assemblée Médicale Mondiale, Helsinki, 1964.

¹⁷ KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, RTD Eur. 38 (1), janv.-mars 2002, pp 1-2.

¹⁸ CE Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, concl. P. Frydman, RFDA, v. 11, n° 6, 1995, p. 1208.

¹⁹ KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, RTD Eur. 38 (1), janv.-mars 2002, p 25.

l'Union Européenne se sont attachés à édifier un « ordre public européen de sécurité intérieure »²⁰, encore embryonnaire, mais non exempt de la notion de dignité qui préside en matière de respects des droits de l'homme et des libertés fondamentales auxquels l'Union est attachée au titre de l'article 6§1 du Traité instituant l'Union Européenne, et qu'elle met en œuvre en réaffirmant son attachement aux dispositions de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales²¹ (CESDH).

Cette nouvelle délimitation des notions de références en matière de contrôle de la licéité et de la moralité des obligations n'est qu'un des rouages du mécanisme de réification du corps humain et de ses composants. Or, « la notion de dignité n'annihile pas complètement celle de liberté. Elle justifie et précise la nature des limites qui peuvent lui être apportée »²². Le corps humain est une chose mise sur le marché, il devient le support de divers besoins de perfection dans une société qui fonctionne largement au gré des modes et des apparences, qui plus est il devient le vecteur même de cette identité affirmant ses différences²³. Si certaines pratiques restent dans le champ de la liberté la plus totale de la personne, de par leur faible degré de gravité, d'autres ont provoqué quelques modifications législatives, ainsi en est-il de certaines formes de chirurgies reconnues pour répondre à un idéal, objet de commerce, et qui font l'objet d'un encadrement rigide en matière de responsabilité médicale. Faut-il encore éluder le caractère onéreux de ces nombreuses interventions assorties d'obligations de résultat, et pourtant sans « nécessité thérapeutique » pour la plupart ? Est-ce donc mentir que de dire que l'économie a poussé le droit dans ses retranchements mais que celui-ci tente de conserver un ascendant sur la vénalité du corps en l'encadrant d'obligations professionnelles toujours plus rigides ?

Ainsi, l'étendue de la protection du corps, pour ce qu'il est, s'amenuise et l'atteinte à l'intégrité physique du corps d'une personne est mieux admise dans le cadre des « interventions médicales », toutefois cette atteinte à la substance même du corps est compensée par le renfort croissant des garanties éthiques, reléguées au rang de normes de procédure conditionnant la légitimité de ces atteintes²⁴. On assiste donc à une véritable novation des règles juridiques qui

²⁰ KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, RTD Eur. 38 (1), janv.-mars 2002, p 21.

²¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, Nice, 7 décembre 2000, Article 53, « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres »

²² BYK (C.), *Progrès techniques et droits de l'homme : la rupture ?* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, p 378.

²³ Piercing, tatouage, coupes et couleurs de cheveux.

²⁴ BYK (C.), *Progrès techniques et droits de l'homme : la rupture ?* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, p 368.

défendent la teneur des droits en les confinant dans un rôle périphérique, aux procédures, en maintenant de cette manière une illusion d'absolu pour la protection de ces droits et laissant sauve l'idée de dignité qui les fonde. L'éthique, confondue dans ses idéaux, devient un langage d'accompagnement des réglementations techniques²⁵ afin de ne pas réfréner les progrès que la science peut procurer à la recherche de bien-être inhérente à la nature humaine.

Le corps humain est une chose, cette chose a un prix non seulement en elle-même, mais surtout pour les espoirs qu'elle renferme en terme de potentialité de vie ou de qualité de vie. Le corps humain est vénal et confère en conséquence ce caractère à ses éléments et ses produits à mesure que les investigations de la science le décomposent et le déchiffrent. C'est grâce au progrès d'ailleurs que les éléments du corps humain ont pu acquérir ce statut de chose dans le commerce.

« C'est le développement du droit européen et international des techniques et de leurs applications industrielles qui nous fait prendre conscience que le corps humain et ses éléments sont devenus l'objet d'un commerce, la source de nouveaux produits et services »²⁶.

Ainsi, il faut s'attacher à définir l'objet de la vénalité des éléments du corps humain (Première Partie) avant de déterminer les causes de la vénalité des éléments du corps humain (Seconde Partie).

²⁵ BYK (C.), *Progrès techniques et droits de l'homme : la rupture ?* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, p 368.

²⁶ Ibid.

PREMIÈRE PARTIE

L'OBJET DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.

*" la vérité est que le droit, qui est, non une abstraction, mais une réalité vivante,
est en perpétuelle gestation ;
il se transforme à chaque tournant de l'histoire..."*

Josserand²⁷

²⁷ Josserand, Cours de droit positif français, Sirey, 1933.

L'objet de la vénalité des éléments du corps humain recouvre deux acceptions. A l'instar de l'objet de toute obligation il se comprend comme l'opération juridique que les parties ont voulu effectuer et qui porte sur un (ou des) élément(s) du corps humain. Il désigne aussi la prestation ou la chose que chacune des parties s'est engagée à fournir dans le cadre de cette relation contractuelle. Aussi, la théorie de l'objet prévoit que celui-ci doit être certain, possible, licite et moral.

L'économie des textes relatifs à l'intégrité de la personne physique prévoit qu'il ne peut être porté délibérément atteinte au corps dans un but autre que thérapeutique, sous réserve de l'existence de lois spéciales. La loi ne prévoit pas que le corps humain est intangible ni même qu'il est indisponible mais les textes précisent que « le corps humain est inviolable » et que « le corps humain, ses éléments et ses produits, ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial », ce qui signifie tout autre chose. Mais de manière implicite, si l'on se réfère à l'évolution de l'expression « nécessité thérapeutique » vers celle de « nécessité médicale », on peut y voir une première forme d'affirmation juridique du caractère vénal du corps, car toutes les activités médicales n'ont pas forcément de but thérapeutique. Une expression similaire est retenue par le texte de l'article 152 du Traité CE²⁸ qui parle de « fins médicales », ce qui permet de confirmer que l'impulsion générale va dans le sens de la reconnaissance tacite d'un caractère patrimonial aux éléments du corps humain, et vise à concilier de manière pragmatique les intérêts contradictoires de l'éthique et des besoins de la science en matière de santé.

En outre, certains textes spéciaux traduisent l'entrée du corps humain, de ses éléments et ses produits dans le commerce juridique. Ainsi, la loi Veil concernant l'interruption volontaire de grossesse²⁹, la loi Badinter relative à l'indemnisation des victimes des accidents de la circulation³⁰, la loi Huriet portant sur les expérimentations médicales³¹, sont les lois matricielles de cette dynamique notamment par l'intervention de règles de la responsabilité civile. La prise en compte de la réparation pour atteintes aux éléments du corps humain a eu pour conséquence d'affirmer que les composants du corps humain font l'objet d'un commerce juridique, et par conséquent ont ouvert un créneau pour un marché aux éléments du corps humain en suscitant des

²⁸ TCE, III^e Partie "les politiques de la Communauté", Titre XIII Santé Publique, art. 152

5- L'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des Etats membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux. En particulier, les mesures visées au paragraphe 4, point a), ne portent pas atteinte aux dispositions nationales relatives au don d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales.

²⁹ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975.

³⁰ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

³¹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988.

avancées de la médecine réparatrice. Les nouvelles demandes de bien-être tendent à parachever cette avancée en faisant intervenir le corps humain et ses composantes sur le marché des biomédecines et des transplantations dans un véritable jeu d'offre et de demande. Les règles juridiques entourant les biotechnologies sont empruntent des intérêts économiques que ces branches sous-tendent, et leur évolution constante réclame de la part du législateur une attention toute particulière vis-à-vis de ces intérêts.

La loi reconnaît nécessairement de ce fait que le corps humain, ses éléments et ses produits, sont dans le commerce, ce qui résulte de la lecture de l'article 16-3 du Code Civil amplifiée depuis par la modification sémantique opérée par la loi du 27 juillet 1999 substituant l'expression de « nécessité médicale » à celle de « nécessité thérapeutique ». Ainsi, pour que le commerce qui se développe autour du corps humain et de ses éléments réponde à l'économie générale des textes bioéthiques, il ne doit pas entamer la dignité de la personne humaine en la réduisant au simple statut de chose. Pour cela, les règles juridiques encadrent le commerce qui peut être fait sur le corps humain, ses éléments et ses produits, au travers de textes issus du Code Civil, du Code de la Santé Publique, du Code de la Sécurité Sociale, du Code Pénal, pour ne citer que ceux-ci.

Il résulte de la confrontation de tous ces textes que la protection accordée au corps humain relève du droit des personnes. Or, un élément du corps humain pris seul n'est pas une personne. Certes, il conserve une part de dignité inhérente à son origine, la dignité humaine, mais il n'est plus personne au sens juridique du terme c'est-à-dire un être juridique possédant une identité - sauf à considérer que l'identité génétique en témoigne -, un état civil et un patrimoine. Il n'est pas non plus une chose banale, il est vivant, pourvoyeur et vecteur de vie.

Ainsi, s'il est prévu par les textes législatifs que le prélèvement d'éléments sur le corps de personnes défuntes est le principe, l'exception tend à démultiplier ses emprises au travers du développement des exigences de chacun au sein même des relations médicales. La vénalité des éléments du corps objet (Chapitre I) n'est que le détonateur de la dynamique actuelle qui s'oriente vers les éléments du corps-sujet pour en faire eux-mêmes des objets de vénalité (Chapitre II).

Chapitre I – LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS-OBJET.

Le corps est une chose, un élément constitutif de la personne. Mais la personne est un concept juridique qui peut être désincarné, personne morale, ou non, personne physique. Or, les personnes physiques allient un élément matériel, un corps, à une composante spirituelle, l'âme. Cela étant, aux frontières de la vie juridique, tout être humain, sans être une personne au sens juridique, dispose d'un support matériel en maturation, un corps humain, et d'un principe de vie que l'étape de la naissance va éprouver. Donc les êtres humains sont tous le support d'un corps humain qui peut être l'objet de convention, et c'est la nature humaine de cette enveloppe matérielle qui doit commander la protection, non le fait que cette enveloppe n'est pas ou n'est plus affectée à une personne juridique.

Selon les termes de l'article 16 du Code Civil, le respect de l'être humain lui est dû dès le commencement de sa vie, mais ils ne prévoient pas de mode de protection qui rapprocherait cet être du statut de personne ; au contraire, les débats autour des prochaines évolutions législatives tendent à traduire la dynamique opposée.

Ainsi, s'il demeure acquis que pour entrer dans la vie juridique, seule la combinaison de deux conditions suffit, naître vivant et viable, il est désormais moins aisé d'en sortir, du fait des nombreux progrès de la science toujours plus en plus favorables au report de l'échéance fatale. Les lois relatives à l'état civil des personnes prévoient que le défunt perd sa qualité de personne dès la constatation de sa mort, date reportée sur son état civil. Cependant, la constatation de la mort d'une personne peut parfois être déclenchée par le corps médical pour cause de trop fortes lésions cérébrales incompatibles avec une vie "digne" d'être vécue, à l'instar des demandeurs d'euthanasie³², ou "utile".

Il ne faut pas sous estimer le rôle de la subjectivité dans le processus décisionnel. Ainsi, grâce à l'apparition de la mort cérébrale sur la scène juridique³³ comme second mode de constatation de la mort, à côté du traditionnel arrêt de la fonction hémodynamique, faculté cumulée ensuite avec la règle de présomption de consentement aux prélèvements d'organes³⁴

³² Affaire Imber, L'express, « Euthanasie : faut-il une loi ? », Chartier C. avec Cousin M., Czerwinski N., Stehli J-S., 2 octobre 2003 ; Affaire Pretty, CEDH, arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002.

³³ CSP, Art. R. 671-7-1 et s. (Décret n° 96-1041 du 2 déc.1996).

³⁴ CSP, Art. L.1232-1 al.2.

permet, certes, une prise en charge plus précoce des donneurs potentiels de matières premières humaines nécessaire aux besoins de la collectivité, mais cette alternative peut aussi constituer une tentation face aux bénéfices sous-tendus par ces réserves naturelles en préférant le schéma fatal, mais "digne", au schéma de la survie à tout prix, beaucoup plus lourd de conséquences en dignité et en termes économiques. Ce pallier n'est hélas pas exagéré et peut voir une application choquante chez les personnes en état végétatif chronique. Le corps du défunt peut s'avérer être une véritable banque d'éléments pour des personnes en attente de remplacement d'organes ou de tissus défaillants, voire pour l'industrie et la recherche, notamment, lorsque le moment de la mort est appréhendé rapidement, il permet la collecte d'éléments de meilleure qualité.

Ceci amène donc à prendre en considération le développement, initialement sauvage mais maintenant encadré et régulé par les autorités publiques, des banques de tissus et cellules, ainsi que des banques de gènes et des informations génétiques associées, dites biobanques et biothèques. Les intérêts défendus par la constitution de ces banques d'éléments³⁵ sont de deux ordres : individuel pour les personnes en attente d'un élément salvateur et collectif pour les avancées de la recherche médicale et pharmaceutique. L'ambition de ces banques est donc de fournir à tous ces protagonistes, et de manière indifférente, des produits et services en quantité suffisante pour ne pas avoir à recourir aux personnes vivantes ni à voir se développer des marchés parallèles d'éléments.

Ainsi, ce sont les ressources matérielles de l'être humain aux frontières de la vie juridique (Section I) que les banques d'éléments (Section II) qui alimentent la dynamique en faveur d'une vénalité des éléments du corps humain, le corps étant conçu comme un objet d'exploitation mis au service du vivant.

Section I – L'individu aux frontières de la vie juridique

Les ressources en matière première humaine que recèlent les êtres humains, particulièrement lorsqu'ils se situent aux frontières de l'existence juridique, font l'objet de très grandes convoitises de la part des scientifiques du fait de l'allègement progressif de leur mode de protection. Ainsi, il est légitime de se demander si le droit n'est pas volontairement en retard pour

³⁵ Voir Annexe 1.

reconnaître à ces êtres humains une qualité juridique qui leur accorderait une protection maximale³⁶.

Dans la mesure où les êtres humains ne sont pas forcément des personnes sur la scène juridique, l'exploitation de ces ressources est permise si elle n'est pas déjà encouragée par les politiques nationales³⁷. Une personne est la réunion d'une enveloppe charnelle et d'un esprit, qualifié aussi de principe de vie. Si un de ces éléments fait défaut, alors seule subsiste soit une chose, le corps, soit une mémoire. Ainsi, la corps privé de son principe de vie n'est qu'une chose, pour autant cette chose revêt plusieurs caractéristiques propres qui la distingue des biens habituels.

Sur l'autre versant de la vie, l'embryon et le fœtus sont considérés comme des éléments hôtes nécessitant, pour leur développement, leur implantation dans le corps d'une femme, hôtes que le droit romain qualifiait de *par muleri*. Il existe un lien de dépendance entre ceux deux êtres dont l'un, la femme, dispose d'une vie autonome par rapport à l'autre de telle manière que la femme peut disposer de cette partie d'elle-même si elle le désire, privant ainsi la partie rejetée de son principe de vie, donc du second élément essentiel à la reconnaissance de la personne juridique. Cet élément est, et reste, une chose qu'il soit ou non désolidarisé de son hôte.

Toutefois, la conciliation de la protection d'un être humain et l'exploitation des ressources que recèle celui-ci pour le bien de l'humanité n'a pas la même expression dans tous les instruments juridiques nationaux et internationaux. Là où les principes fondamentaux s'accordent sur les lignes directrices communes, les renvois systématiques aux dispositions nationales pour ce qui est d'en préciser les applications ne sont pas propices à l'émergence d'une attitude commune. Cet état de fait démontre que les politiques nationales ne sont pas prêtes à abandonner à un échelon supérieur la réglementation de points sensibles, à forts enjeux économiques.

Si un consensus tend à se profiler quant aux personnes au crépuscule de la vie (B), les prémices d'un consensus ne font pas encore jour à l'aube de la vie juridique (A).

³⁶ Voir les débats législatifs portant sur la révision des Lois Bioéthiques et les tentatives de contournements des règles par les dépositaires de la puissance publique ; MATHIEU (B.), « *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 387-401.

³⁷ Présomption de consentement au prélèvement d'organes des personnes défunt, Loi Cavaillet du 22 décembre 1976.

A – L'AUBE DE LA VIE JURIDIQUE, DE LA CONCEPTION À LA NAISSANCE.

Malgré les dissensions enregistrées au niveau européen sur le statut véritable de l'embryon humain³⁸, un parallèle intéressant peut être effectué entre le statut actuel de l'embryon et le statut de l'esclave sous le droit romain. L'entrée sur la scène juridique³⁹ d'un esclave était conditionnée par un acte unilatéral de volonté de la part du propriétaire de l'esclave, l'affranchissement de l'esclave le faisant basculer dans la *suma-divisio* du droit des biens au droit des personnes. Aujourd'hui l'arrivée à maturité d'un embryon, c'est-à-dire son transfert puis sa naissance, est conditionnée par la volonté unilatérale d'un couple, propriétaire de l'embryon - celui-ci étant envisagé par le droit comme une chose. Mais cette chose, en l'état actuel des législations européennes, reste en quête d'un véritable statut juridique (I), d'une part, qui plus est compatible avec les promesses scientifiques qu'il recèle (II) d'autre part.

1 - Le fœtus et l'embryon humain au regard du droit.

Le fœtus et l'embryon humains ne disposent que d'une faible protection juridique en droit français alors qu'il leur est reconnu, dans d'autres systèmes européens⁴⁰ - tentant ainsi d'asseoir la réalité juridique sur la réalité biologique -, une acquisition progressive de la personnalité juridique, en leur accordant un degré de personnalité en fonction du stade de développement. Le droit français, en leur écartant cette option, nie leur qualité de personne⁴¹, et de ce fait les confine dans leur statut de chose. Cependant, ces choses particulières, qualifiées parfois abusivement de « personnes humaines potentielles⁴² », peuvent se voir attribuer des privilèges liés à la reconnaissance rétroactive d'une personnalité juridique, par application de la maxime de droit romain "*infans conceptus*"⁴³, laquelle admet la constitution de droits créances dans le patrimoine futur de ces êtres quand il y va de leur intérêt⁴⁴.

³⁸ Avis n° 12 du GEE auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5^{ème} programme-cadre de recherche*, 23 novembre 1998.

³⁹ GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2003, pp 102-146.

⁴⁰ Ibid, Espagne.

⁴¹ Le certificat d'enfant sans vie n'est pas un acte d'état civil obligatoire ; la reconnaissance prénatale d'un enfant ne lui confère pas de filiation certaine au jour de sa naissance ; le registre des embryons congelés ne revêt pas les caractères d'un document d'état civil mais davantage celui d'un inventaire de dépôt.

⁴² CCNE, avis n° 14 du 22 mai 1984.

⁴³ C.Cass., arrêt de 1985, élève la maxime « *infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodiis agitur* » au rang de principe général du droit.

⁴⁴ C.Civ., Art. 725 relatif aux successions et Art. 926 relatif aux donations.

Les diverses sources d'obtention des embryons et fœtus font d'eux des matériaux convoités accessibles et parfois cessibles à de multiples fins, sans pour autant devoir être le fruit de la technique du clonage.

a - Les fœtus et embryons morts, un matériau⁴⁵ accessible.

Les modes d'obtention de ces matériaux sont nombreux, qu'ils soient issus d'IVG, d'ITG, de réduction embryonnaire ou encore qu'ils proviennent de fausses couches naturelles ou provoquées accidentellement lors d'intervention médicale pratiquée sur la mère ou à l'occasion d'un traumatisme subit par cette dernière, ils sont tous rangés dans la catégorie des déchets opératoires et appartiennent en conséquence au premier occupant. Cette dernière modalité soulève alors des problèmes éthiques quant au fait de savoir s'il convient ou non d'obtenir préalablement à l'intervention sur la femme son consentement sur le devenir du produit retiré.

Lorsque le retrait du fœtus ou de l'embryon est de nature accidentelle, il apparaît naturel d'informer la femme du devenir possible du produit de son avortement.

En revanche, lorsque la mère souhaite l'interruption il devient délicat de relier les deux opérations car il convient que la femme consente au retrait de son embryon et, pour que son consentement soit valable, qu'on l'informe sur les conséquences de cette intervention. Or, les conséquences de l'intervention peuvent recouvrir tant sur les effets possibles de l'intervention sur la femme que sur le devenir de l'embryon. Ainsi, l'information sur le devenir de l'embryon peut avoir des conséquences sur la volonté de la femme. D'abord elle peut être tentée de se résigner alors qu'elle est réellement en état de détresse. Ensuite, la recherche de cet assentiment peut s'avérer être un moyen facile de détourner certaines interdictions légales, comme l'interdiction de constituer des embryons pour la recherche, et permettent à certaines femmes de faire de leur corps un objet de commerce en se faisant volontairement féconder dans le but unique de se faire avorter et d'en obtenir un avantage déterminé⁴⁶.

b - Les fœtus et embryons vivants, un matériel⁴⁷ cessible.

⁴⁵ Larousse encyclopédique illustré, 1997, matériau : « substance ; matière de base ».

⁴⁶ Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Doc. 9112 : une campagne contre le trafic des mineurs pour désamorcer la filière de l'est : le cas de la Moldova, 5 juin 2001, point n° 12, l'exploitation de nouvelles formes de violence à l'encontre des femmes notamment celles effectuées sur les mères porteuses, c'est-à-dire la production d'enfants à des fins d'adoption illégales ou encore de trafic d'organes, peuvent être étendues aux prostituées tombées enceintes par inadvertance, « l'utérus des jeunes filles parmi les plus belles venant de l'est fait l'objet de commerce ».

⁴⁷ Larousse encyclopédique illustré, 1997, matériel : « Ensemble d'éléments susceptibles d'être exploités, élaborés scientifiquement ».

L'avenir des embryons surnuméraires issus de la conception in vitro est légalement encadré. S'ils sont arrivés au terme de leur conservation, sous l'empire des lois bioéthiques de 1994, et qu'ils ne font plus l'objet d'un projet parental, ils doivent être détruits ou peuvent être donnés à la science. Si simplement, ils ne sont pas parvenus à terme de leur conservation mais ne font plus l'objet d'un projet parental, ils peuvent être détruits ou encore être donnés à un couple stérile ou à la recherche.

Toutefois, si la recherche peut acquérir des embryons en se contentant des stocks disponibles au titre de la PMA, il est interdit, en France, de créer des embryons pour la recherche selon les dispositions cumulées de l'article 18⁴⁸ de la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et de l'article L. 2152-4 du CSP⁴⁹, qui reprend l'article 511.18 du Code pénal. Or, l'interdiction formulée par la Convention d'Oviedo n'empêche pas certains Etats de procéder à des recherches notamment à partir d'embryons créés précisément à ces fins dans un système juridique externe et dans lequel cette constitution n'est pas illégale. Ainsi, le recours aux ressources extérieures est un moyen mercantile de détourner le système européen d'interdiction permettant à l'industrie européenne de ne pas se voir trop devancer dans le domaine de la biomédecine.

En outre, les conventions de mères porteuses font l'objet d'une interdiction légale⁵⁰, d'ordre public, en France, mais non dans d'autres systèmes juridiques comme aux Etats-Unis d'Amérique. Or, les systèmes de la criminalité organisée sévissant en Europe s'émancipent facilement de ce type de contraintes pour en faire l'objet de bénéfices⁵¹ divers allant du trafic d'enfants au trafic d'organes. Or, ce matériel vivant représente une part de plus en plus importante des revenus de la criminalité organisée.

Cela étant, il revient aux juridictions nationales d'assurer le respect des principes éthiques présidant à ces interdictions en condamnant les tentatives de détournement, au titre de l'atteinte

⁴⁸ 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 biomédecine, Conseil de l'Europe, Oviedo, 4Avril1997, Art. 18, 2) « La constitution d'embryons à des fins de recherche est interdite ».

⁴⁹ CSP, Art. L. 2152-4 « comme il est dit à l'article 511-18 du code pénal ci-après reproduit : Le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ».

⁵⁰ C.Civ., art. 16-7 « toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

⁵¹ Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Doc. 9112 : une campagne contre le trafic des mineurs pour désamorcer la filière de l'est : le cas de la Moldova, 5 juin 2001, point n° 12.

grave à l'intérêt public, et jusqu'à l'adoption des modifications législatives adéquates⁵², et ce, bien que les performances de la recherche et de l'industrie biomédicale en soient complètement tributaires.

2 - Les promesses à venir des fœtus et des embryons

L'arbitrage des politiques en matière de recherches biomédicales est délicat car la mondialisation engendre une perméabilité des systèmes qui joue en faveur d'un allègement des contraintes éthiques liées à l'exploitation de matériel humain pour que la recherche sur un territoire ne soit pas dissuadée voire empêchée par une législation trop restrictive.

L'exploitation scientifique des embryons recèle des promesses grâce aux potentialités qu'offrent les cellules souches, promesses qui peuvent aussi s'avérer être un moyen palliatif de l'interdiction du clonage par la constitution d'embryons médicaments. Ces deux nouveaux enjeux scientifiques revêtent des intérêts économiques indéniables.

a - les cellules souches embryonnaires et fœtales.

Les cellules souches embryonnaires sont dites cellules pluripotentes, elles sont susceptibles de se développer en un type cellulaire déterminé en fonction des facteurs de différenciation présents dans leur milieu de culture. Cette caractéristique en fait un matériel précieux et original, car les cellules souches de l'adulte sont rares et ne disposent pas du même potentiel de développement.

Les cellules souches fœtales sont, soit les cellules souches hématopoïétiques⁵³ recueillies à partir du sang du cordon ombilical après l'accouchement, soit les cellules souches multipotentes prélevées sur les tissus fœtaux obtenus grâce aux interruptions de grossesse.

Ces lignées cellulaires ouvrent la possibilité de multiples applications telles que les progrès de la recherche fondamentale, les études de maladies humaines sur les animaux, la culture de lignées de cellules différenciées spécifiques destinées aux études pharmacologiques et aux

⁵² MATHIEU (B.), « *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, p. 393-394.

⁵³ L'exclusion des tissus embryonnaires et fœtaux du champ d'application du guide sur la sécurité et l'assurance de qualité des organes, tissus et cellules du Conseil de l'Europe est révélatrice alors pourtant que ses dispositions s'appliquent aux « cellules souches hématopoïétiques de toutes sources ». C'est dire que l'adoption d'un statut de l'embryon est encore la source de larges divergences.

essais toxicologiques, l'utilisation des cellules souches dans les thérapies géniques, la production de lignées cellulaires spécifiques pour la transplantation thérapeutique⁵⁴.

Or, les intérêts que chacun de ces types cellulaires offrent se calculent en terme de brevetabilité des inventions. L'exclusivité des droits accordée sur l'invention constitue la protection juridique et le cadre légal du retour d'investissement de la recherche, elle s'étale sur une période déterminée, dont les bénéfices s'étendent, soit à la revendication d'un produit, soit à celle d'un procédé. Les trois critères du brevet sont : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle dont la médecine fait partie intégrante. En outre, le Groupe européen d'éthique précise, quant à l'objet du brevet, que « des cellules souches isolées, qui n'ont pas été modifiées, ne répondent pas, en tant que produits, aux exigences de la brevetabilité, notamment en ce qui concerne les critères d'applicabilité industrielle. De plus, de telles cellules isolées sont si proches du corps humain, du fœtus ou de l'embryon dont elles sont issues, que leur brevetabilité pourrait être assimilée à une forme de commercialisation du corps humain ».

Cette limite ne dissuade pas les demandeurs de brevet à l'échelle mondiale, « plus de 2000 demandes de brevet ont été déposées pour les cellules souches humaines et non humaines, dont un quart concerne les cellules souches embryonnaires ». Parmi « les produits [qui ont] fait l'objet d'une demande de brevet » on recense : « des cellules souches, des lignées de cellules souches, des cellules souches différenciées, des cellules souches génétiquement modifiées »⁵⁵. Le lobby toujours plus intensif des industriels et la dépendance des grands groupes pharmaceutiques vis-à-vis de leurs brevets d'inventions se traduisent par une fuite vers des "paradis législatifs" et creusent l'écart entre les Etats pionniers et les Etats suiveurs. Pour stabiliser la recherche au sein de l'espace européen, espace économique avant tout, la communauté européenne attache une attention particulière à ces préoccupations dans le cadre de son action en santé publique.

b - les embryons médicaments : espoirs conjoints des parents et de la science

Pouvant apparaître comme un palliatif du clonage thérapeutique la technique de l'embryon médicament est déjà éprouvée en Europe par la Grande-Bretagne. Cette nouvelle étape de la recherche consiste en la sélection d'un embryon présentant des caractéristiques proches de celle d'un enfant atteint de certaines maladies, telles que la maladie de Fanconi ou la maladie de

⁵⁴ Avis n° 15 du GEE auprès de la commission européenne, *Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation*, 14 novembre 2000.

⁵⁵ Avis n° 16 du GEE auprès de la commission européenne, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, 7 mai 2002.

Huntington⁵⁶, que l'on souhaite sauvegarder. Il s'agit donc de la conception d'un enfant dans le but de sauvegarder autrui, donc d'une véritable entreprise de réification de l'être humain constitué non pour lui-même mais pour ses caractéristiques, dans le cadre d'un protocole médical visant à sauver la vie d'autrui.

Or, cet embryon débouche sur la naissance d'un enfant, d'une personne juridique, exploitée à des fins médicales en tant que médicament spécifique, sur mesure, pour une autre personne atteinte d'une déficience.

L'embryon a donc vocation à passer de la qualité "d'embryon médicament" à celle "de personne médicament" pour pallier les limites de la science dans sa compréhension de certains phénomènes, même si l'avis du Comité Consultatif National d'Ethique souligne que « la technique est admissible si l'enfant procréé n'est pas conçu seulement comme un donneur mais d'abord pour lui-même »⁵⁷. Cette méthode est la démonstration la plus achevée de "l'instrumentalisation" du corps humain. Du corps produit de santé dans toutes les phases de son développement on passe à l'ère de la conception de réserve de matières premières histocompatibles, balayant alors l'esprit de solidarité qui présidait jusque là au don pour privilégier l'individualisme, sans compter sur l'affaiblissement considérable de la portée de l'interdiction du clonage reproductif à laquelle l'acceptation de cette technique souscrit.

Les promesses dégagées sont toutes issues de matériels vivants ou morts mais dont la spécificité commune est d'être demeuré du domaine du droit des biens. Cela étant, elles n'affaiblissent en rien les nombreux intérêts qui peuvent être portés sur les éléments d'un corps humain mort, perçus comme du matériel plus achevé, provenant d'un corps quittant ou ayant quitté le domaine du droit des personnes pour venir se glisser progressivement dans le domaine du droit des biens.

B – LE CREPUSCULE DE LA VIE JURIDIQUE, LES DÉCLINAISONS DE LA MORT.

Le corps humain qui n'abrite plus une personne n'est qu'une chose au regard du droit même si la classification de cette chose n'est pas encore bien déterminée. La mort fait sortir la personne de l'existence juridique mais n'accorde au corps qu'une protection liée à la dignité qui

⁵⁶ MATHIEU (B.), « *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, p. 400-401.

⁵⁷ Ibid ; CCNE, Avis n° 72, *Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, 4 juillet 2002.

lui est due eu égard à sa nature humaine. De ce fait, certains ont pensé qualifier le corps humain de chose sacrée en exhumant pour les besoins de la cause les catégories de droit romain⁵⁸, qualification qui ne retire en rien cette chose du commerce ; une chose sacrée peut être objet de contrat et vendue.

Dès lors, il convient de déterminer à partir de quel instant précis le défunt passe du statut de personne au statut de chose (1) afin d'envisager le recueil des éléments susceptibles d'emploi (2) thérapeutiques et scientifiques mais aussi à visée mercantile, cet aspect pratique est évoqué pour les sciences mais sans compter sur le goût de quelques-uns pour les collections originales d'éléments du corps humain.

1 – La détermination du moment de la mort

De la détermination précise du moment de la mort va découler toute une série de conséquences pour les éléments du 'corps-objet' du défunt. La date et l'heure de la mort doivent être reportées sur le registre de l'Etat Civil⁵⁹, cette mention a pour effet de faire sortir la personne de la scène juridique en tant que sujet de droit, plaçant ainsi son corps sous la protection spécifique des textes relatifs aux personnes défuntees et non plus celle des atteintes à la personne.

La personne peut être reconnue défunte selon deux modalités, le traditionnel arrêt de la fonction hémodynamique et la constatation de la mort encéphalique. Cela étant, certaines situations extrêmes permettent de dire qu'une part des actes de décès résulte d'un commun accord entre les familles et les praticiens, il s'agit de la chute du patient dans un état végétatif chronique dont les conséquences peuvent s'avérer dramatiques en cas de réveil éventuel.

a – La constatation clinique de la mort

Les critères cliniques traditionnels du décès font l'objet de l'article R. 1232-1 du C.Civ. Ce dernier prévoit que « si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : 1° Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2° Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3° Absence totale de ventilation spontanée ».

⁵⁸ LABBEE (X.), « *Le corps humain, objet de propriété divine ?* », Politéia n° 3, Dossier constitutionnel, 2003

⁵⁹ C.Civ., Art. 78 et Art. 79.

La mort cérébrale est évoquée par l'article R. 1232-2 qui dispose que « si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie. De plus, en complément des trois critères cliniques mentionnés à l'article R. 1232-1, il est recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique :

1° Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat est immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation ;

2° Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat est immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation. »

Aux termes de l'article R. 1232-3 al. 1 « le procès verbal du constat de la mort (...) est établi sur un document dont un modèle est fixé par arrêté du ministre chargé de la santé. ». Ainsi, l'encadrement des modalités de constatations de la mort permet de déterminer avec une grande certitude le moment précis de l'heure de décès et, dans le cadre de l'accord du défunt pour le prélèvement d'éléments posthumes, d'être alerté suffisamment tôt pour éviter de laisser périr des éléments indispensables à la survie de tiers. Cet encadrement procédural a pour but d'affiner la détermination de la mort et de permettre aux équipes médicales de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement, dans de bonnes conditions, du recueil d'éléments souhaités. Ces mesures comprennent la recherche du consentement du défunt par tout moyen, consultation du registre des refus et témoignage de la famille, la recherche des personnes histocompatibles en attente de greffes, l'alerte des équipes de prélèvements et la mise en place du défunt sous respirateur artificiel afin de ralentir le phénomène de dégradation et de conserver les qualités optimales des éléments recueillis.

Deux autres situations peuvent toutefois alerter car elles tendent à favoriser une interprétation utilitariste de la mort en arrangeant la date de la mort en fonction d'un gain pour autrui.

b – la provocation volontaire de la mort pour motifs médicaux

Le pouvoir de décider de la date de la mort d'autrui est qualifié de crime aggravé par les dispositions du code pénal, voire de suicide lorsqu'il s'agit d'orchestrer sa propre mort. La différence entre les deux actions est la qualification au regard du droit pénal qui punit dans un premier cas et demeure passif dans le second, pourvu qu'il n'y ait pas eu d'assistance au suicide.

Dès lors, même lorsque ce processus s'insère dans une relation médicale et est effectué au regard d'éléments décisionnels objectifs, le droit pénal reste indifférent, il s'agit d'un acte relevant du droit des personnes sanctionné à ce titre sans aménagement possible.

Pourtant, il faut souligner la différence de traitement qui résulte de cette situation d'assistance d'une personne dans l'anticipation du moment de sa mort qu'elle souhaite digne à son égard et à l'égard des autres, et la décision complètement extérieure à la personne en état végétatif chronique d'arrêter le processus de réanimation. Dans le premier cas il s'agit d'un acte de droit pénal, dans le second d'un acte médical alors même que la finalité est la même sauf que la personne n'est pas consentante dans le dernier cas.

Les services de réanimation sont les premiers vers lesquels se tournent les praticiens qui souhaitent savoir si un élément est disponible pour une personne en attente de greffe et le premier endroit dans lequel le personnel est formé à repérer les donneurs potentiels ; doit-on qualifier ces services de couloir d'achalandage ou de service médical ? Eu égard aux dépenses liées au temps de placement en réanimation et aux incertitudes médicales sur l'intensité des lésions cérébrales à la sortie de la période de coma, la tentation peut-être forte de préférer le schéma fatal apte à générer le soulagement d'autres personnes en attente de greffe, parfois placées elles-mêmes dans une situation extrême.

2 – Les ressources inestimables des cadavres.

Il est communément acquis que, par principe, les cadavres sont les premiers donneurs d'éléments du corps humain. Cependant, ils sont aussi le foyer de ressources insoupçonnables pour quelques collectionneurs originaux et qui tend à prendre de l'ampleur dans la conjoncture actuelle.

a – Les prélèvements posthumes

Le prélèvement posthume d'éléments du corps humain est la règle dans les législations européennes et pour les textes internationaux. Les principes qui encadrent la légalité de ces prélèvements sont communs aux donneurs vivants et aux défunts, le donneur doit avoir consenti au prélèvement. Or, pour tenter d'endiguer la pénurie de certains éléments, nombreuses législations consacrent la règle de la présomption de consentement⁶⁰ alors que d'autres systèmes

⁶⁰ France, Hongrie, Slovaquie, Pologne, République Tchèque, Norvège

préfèrent le recours systématique au consentement exprès⁶¹. En pratique, le système de présomption de consentement au don est rarement appliqué dans la mesure où les politiques de santé publiques antérieures postulaient le recueil systématique du consentement, les praticiens étant restés sur l'ancien système en grande partie pour rallier l'otique de l'opinion publique à la pratique de la greffe qui a trop pâti du retentissement de certains débordements malheureux en terme de prélèvement non autorisés⁶².

b – Les recherches médicales et le don du corps à la science

Le défaut de cadavre, pour les facultés de médecine ou pour les besoins de la recherche ou de l'industrie, hors l'industrie biomédicale, en fait un objet de valeur inestimable. Le don du corps à la science est légal, la volonté doit être exprimée dans le testament et la personne doit envoyer une lettre attestant de sa volonté de faire don de son corps à la science auprès de l'hôpital de son choix, chargé de recueillir le corps après le décès et de procéder à son inhumation une fois que l'utilité de ce dernier n'est plus avérée.

En outre, l'expérience américaine recèle de nombreuses situations de recherche de cadavres pour diverses industries. Certaines personnes sont chargées de recueillir le consentement de la famille pour le don d'éléments ou du corps à une structure factice pour ensuite revendre l'objet de leur délit auprès des plus offrants tels que les industries de cosmétiques ou pharmacologiques. Sans compter sur l'expérience allemande consistant en la recherche du moindre coût et visant à substituer aux mannequins destinés aux crash-tests, dans les laboratoires sponsorisés par les industries automobiles⁶³, des cadavres. Le cadavre est donc une source d'innombrables et inestimables applications.

c - Le marché officiel aux éléments.

De la même manière il est possible de se procurer, moyennant contrepartie financière, des éléments tels que des têtes décapitées, des squelettes⁶⁴... Eléments qui sont mis en vente libre et qui font l'objet d'une publicité à ce titre.

Les éléments du corps humain, principalement issus de cadavres, font depuis longtemps l'objet de collections privées et de marchés aux antiquités. Ces collections d'érudits ont acquis au

⁶¹ Espagne, Italie, Royaume-Uni

⁶² Un médecin autorisé à prélever certains organes sur le corps d'un jeune garçon a prélevé plus que ce que l'autorisation parentale lui permettait, l'évènement du jeudi, 20 mai 1992.

⁶³ Un cadavre frais coûte quelques centaines de dollars alors qu'un mannequin vaut près de 2000 marks.

⁶⁴ LABBEE (X.), « *Le corps humain, objet de propriété divine ?* », Politéia n° 3, Dossier constitutionnel, 2003, note 8.

cours du temps une valeur inestimable et sont dorénavant revendues à prix fort. Désormais, les collections privées sont convoitées pour une application qu'elles n'avaient pas jusque là, au regard des éléments récemment extrait du corps et pouvant être l'objet de brevetabilité. La course au décryptage du génome humain a eu pour conséquence d'insuffler une dimension nouvelle aux anciennes collections en en faisant une source d'accès facile à du matériel humain, mais une source onéreuse.

Au même titre que ces collections, les banques privées de matériels humains se sont développées de façon sauvage. Eu égard au caractère patrimonial qu'elles tendent à conférer aux éléments du corps humain et aux risques que cela peut engendrer pour la sécurité des personnes, le droit s'est attaché à rattraper ce phénomène afin de l'encadrer en affirmant le principe de non commercialisation des éléments du corps humain.

Section II – LE FOISONNEMENT DES BANQUES DE MATÉRIELS HUMAINS

La constitution de banque de matériels humains est originellement une initiative privée dont le but était de procurer aux personnes qui en faisaient la demande, les éléments dont elles avaient besoin dans le cadre de leurs activités. La vigueur de cette nouvelle activité a contribué à plonger les autorités publiques dans la confusion vis-à-vis d'un phénomène qu'elles n'encadraient pas. Afin de faire échec le plus rapidement possible au mouvement de patrimonialité des éléments du corps humain auquel ces exploitations donnent lieu, les réglementations ont dû s'efforcer d'astreindre ces banques à des contraintes éthiques.

Les banques de tissus et de cellules ont la double vocation de répondre à la demande des personnes en attente de matières de substitution et d'alimenter les industries pharmaceutiques en matériaux de recherches. L'intérêt de telles structures privées est de permettre une mise à disposition relativement rapide de matière humaine, qu'elle soit issue d'un don ou bien, comme il se peut désormais pour certains tissus, qu'elle soit issue de la synthèse sur matrice spécifique de tissus destinés à la transplantation. La contrepartie de cette flexibilité et de cette disponibilité d'éléments du corps humain est de nature pécuniaire mais cet aspect est justifié par les activités de services qui entourent le stockage massif de ces éléments, notamment du fait de la préparation, la conservation, la synthèse, le transport des matériaux mis à disposition.

Cependant, si les tissus, cellules et gènes offrent des facilités de conservation il n'en va pas de même pour les éléments plus complexes que sont les organes. Impossible encore à synthétiser in vitro, les organes sont donc l'objet de diverses recherches dont, pour certaines, une issue commence à voir le jour au travers de la xénotransplantation, ce qui relègue, sans l'atténuer, le problème de la constitution de banque vivante d'organes à une autre espèce et reprend le sempiternel dilemme de l'exploitation animale au service de l'homme ; pour les autres, même si les potentialités qu'offrent les cellules souches sont prometteuses, la limite rencontrée dans la constitution d'un support synthétique se substituant à l'homme, donc la matrice support de développement de l'organe souhaité avec l'information génétique de la personne destinataire, fait que celles-ci demeurent au seuil du probable.

Ainsi, si la constitution de banques d'éléments du corps humain permet déjà de répondre à certains besoins, leur encadrement progressif vise à limiter les dérives possibles vers un réel système de marché de matières humaines (A). Aussi, tous les éléments ne se prêtent pas à conservation, limite actuelle que la recherche tente de repousser (B).

A – L'ENCADREMENT PROGRESSIF DES BANQUES DE MATERIEL HUMAIN

Deux types de matériel vont pouvoir faire l'objet d'une collection dans des banques car susceptibles de conservation. Il s'agit d'une part des tissus et cellules humaines et, d'autre part, des gènes et de l'information qu'ils renferment. Chacune de ces collections va avoir des implications propres capables de remettre en cause les caractères anonyme et gratuit du don, à la base de l'élaboration de ces collections.

1 – Les banques d'éléments du corps humain.

Les banques de tissus et de cellules humaines sont nombreuses en Europe et sont généralement spécifiques à un tissu ou à une lignée cellulaire. Ce principe de spécialité est propice à garantir la qualité des éléments diffusés mais cette qualité à un coût que les autorités publiques veulent en relation avec le service rendu ; elles ne souhaitent pas que puissent se constituer des rentes de situations grâce à la constitution des monopoles de fait que ces banques ont développé sur certains éléments.

La régulation actuelle, dont ces activités font l'objet, s'opère sur deux points cruciaux ; l'encadrement des initiatives privées par des règles projetant ces activités hors marché, à l'instar des activités de service public (a) et la réflexion sur le fondement de la constitution de nouvelles banques (b).

a – l'encadrement normatif des banques de tissus humains⁶⁵.

La constitution initiale de banques d'éléments du corps humain visait à pallier les indisponibilités de matériels auxquelles devaient faire face non seulement la recherche fondamentale et l'industrie pharmaceutique mais visait aussi à mettre du matériel à disposition des demandeurs de greffe. Ces banques sont « des unités et des services qui peuvent se situer au sein d'organismes, publics ou privés, à but lucratif ou non »⁶⁶.

Les banques de tissus ont pour mission de recueillir les tissus et cellules dans le cadre de diverses activités de soins notamment les tissus fœtaux issus des interruptions de grossesses, le placenta et le cordon ombilical lors des accouchements, les résidus chirurgicaux et les dons de personnes décédées, exceptionnellement de volontaires sains. Le recueil de ces éléments et la collecte des informations relatives aux donateurs s'effectuent à titre gratuit. Ces banques rétrocèdent néanmoins le fruit de leur collecte après avoir assuré toute une série d'opérations conférant aux tissus ou aux cellules une valeur ajoutée. Cette valeur ajoutée est notamment liée aux opérations de traitement, de conservation et de stockage, d'enregistrement pour la traçabilité, de distribution et de livraison.

Cependant, l'activité de distribution, outre répondre aux besoins des personnes en attente de greffe, est aussi assurée en vue de fournir les professionnels en matériel qu'ils utiliseront à diverses fins, notamment commerciales. De même, certaines banques proposent désormais des tissus ingénierés issus de techniques de transformation, dont il faut amortir les investissements sur le prix de cession. Ces deux domaines font donc contraste avec l'activité initiale de prélèvement, gratuite, mais sans laquelle la part la plus importante de toutes les applications dérivées ne peut exister. Il est alors concevable que des demandes portant sur l'aménagement de la règle de la gratuité du don pour alimenter en matériel ces activités particulières fassent jour, ou

⁶⁵ Avis n° 11 du GEE auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques des banques de tissus humains*, 21 juillet 1998.

⁶⁶ Ibid.

au moins que les donneurs bénéficient d'un droit de retour sur les applications lucratives permises par l'utilisation de leurs éléments⁶⁷.

Pour éviter de tomber dans ce schéma, le GEE considère, dans son avis n° 11 relatif aux aspects éthiques des banques de tissus humains, que les activités en question devraient être réservées à des organismes à but non lucratif, garantissant que les tissus seront rétrocédés « à un prix incluant seulement le coût des charges assumées par la banque ». Cela étant, il reconnaît par la suite qu'« en l'état du développement du secteur concerné, il est difficile d'exclure l'activité des banques de tissus les organismes à but lucratif, comme les grands laboratoires privés (...) notamment lorsque les tissus humains sont à l'origine de produits ingénierés exigeant le recours à des techniques sophistiquées de transformation ». Ainsi, si on ne peut empêcher ces organismes de proposer des éléments du corps humain sur le marché, on peut toutefois réguler ce marché en soumettant ces laboratoires privés aux mêmes contraintes d'autorisations et de contrôle que les organismes publics.

Les autorités publiques, même si elles tentent d'encadrer réglementairement l'épanouissement du secteur des banques de tissus, sont liées par les besoins de la santé et de l'industrie. Or, les besoins de la santé sont intimement liés aux produits proposés, ils répondent de la même loi du marché. Ainsi, les autorités publiques se confrontent davantage aux nouvelles attentes sociales, attentes générées par des arguments commerciaux émanant de professionnels et qui ne s'avèrent pas répondre à un besoin général mais vise une "clientèle particulière". Les autorités publiques doivent alors se faire l'arbitre, voire le substitut de ces offreurs de services, afin de limiter les aspirations mercantiles que le marché de la santé stimule.

b – l'intérêt réel de développer des banques de sang de cordon ombilical⁶⁸

Le débat ouvert autour de la constitution de banques de sang de cordon ombilical a réactivé les craintes relatives à la dérive individualiste vers laquelle la société de consommation

⁶⁷ Avis n° 77 du CCNE, *Problèmes éthiques posés par les collections de matériels biologiques et les données d'informations associées : "biobanques", "biothèques"* », 20 mars 2003.

⁶⁸ Avis n° 11 du GEE auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques des banques de tissus humains*, 21 juillet 1998, « aux fins du présent avis, rentrent dans la catégorie des tissus humains les parties constituantes du corps humain telles que : os, peau, valves cardiaques, cornée, tendons, artères, veines, dures-mères ainsi que les tissus fœtaux recueillis lors d'avortements, le placenta et le cordon ombilical (le cordon lui-même et les cellules qu'il contient) . (...) L'avis ne traite pas du sang et des produits sanguins qui font l'objet de réglementations nationales ainsi que d'une réglementation communautaire ». Les dispositions de la législation nationale ne réglementent pas le cas spécifique du sang de cordon ombilical, il y a tout lieu de penser que son statut est à rapprocher de celui des tissus considérés dans le présent avis.

pousse les demandeurs de soins, niant de ce fait les intentions altruistes et la solidarité qui doivent présider à l'émergence de ces structures particulières.

Le marché de la santé pousse certaines firmes privées à proposer « à de futurs parents de conserver le sang du cordon ombilical de leur nouveau-né pour son propre usage ou celui de parents proches ». Or, les avantages réels que procure la conservation de ces éléments ne sont pas scientifiquement établis et ne visent parfois qu'à emporter l'adhésion de parents trop soucieux, prêts à consentir la conservation de ces éléments contre rétribution.

Les principes qui doivent présider à la constitution de telles banques sont le besoin réel de la société pour les éléments recueillis et conservés, donc il s'agit essentiellement de valoriser une intention altruiste et solidaire. Dans le cas précis de la constitution de banque de sang de cordon ombilical ce qui est valorisé est la capitalisation d'un élément en vue d'un besoin hypothétique égoïste. La perversion ainsi condamnée est la négation de l'égalité dans l'accès aux ressources, pendant essentiel de l'égalité dans l'accès aux soins. Cette condamnation fait l'objet d'une unanimité au niveau européen et porte sur le schéma de banques actuellement proposé. Tant les propositions du Comité Européen de la santé du conseil de l'Europe que le Groupe Européen d'Ethique auprès de la Commission Européenne souhaitent, dans l'hypothèse où de telles banques seraient créées, qu' « elles devraient l'être sur la base de dons volontaires et altruistes destinés à la transplantation allogénique et à la recherche ».

Pour autant, de telles banques de sang de cordon ombilical ne sont pas dénuées d'avantages. Dans le cadre d'un recueil systématique de sang de cordon ombilical et par la mise en commun des stocks de toutes les banques, l'ensemble des groupes de la population parvient à être représenté et non plus seulement ceux des seules personnes ayant consenties, ce qui implique que les groupes rares ont une chance de pouvoir bénéficier de ces ressources. La double vocation préventive et curative des ressources ainsi stockées se concilie mieux avec les principes défendus en matière de dons d'éléments et parviennent à faire échec à l'impulsion mercantile initiale.

Malgré les efforts des politiques publiques pour favoriser les échanges solidaires, la dynamique de la commercialisation des éléments du corps humain gagne certaines législations, dont les enjeux dépassent les intérêts et les frontières nationales.

2 – Les banques de matériels et données génétiques, les biobanques⁶⁹ et les biothèques⁷⁰

La cible de ce type de banques sont autant les gènes que les informations qu'ils contiennent, chacun étant perçu comme un élément du corps humain, si ce n'est de l'humanité. La difficulté s'entend donc de la confrontation entre la sauvegarde de la dignité de la personne et la sauvegarde du patrimoine commun de l'humanité car ces banques, par les matériaux et les données qu'elles renferment, posent les questions de la part et de la propriété du patrimoine commun de l'humanité au travers de ces éléments.

En ce sens, la part commune de l'humanité est indivise et doit être accessible à tous alors que les informations propres à la personne doivent faire l'objet d'une protection particulière au regard des législations spécifiques relatives aux données individuelles.

a – les sources de matériels génétiques et l'exploitation de l'information génétique identifiée à partir de ces sources

Les sources exploitées sont d'envergure nationale, elles n'ont de représentativité que par la population locale et non l'ensemble de la population mondiale. Ceci n'offre donc qu'un support sélectif dont les applications ne seraient pas nécessairement transposables à d'autres populations ne présentant pas les mêmes fréquences génétiques. Cette disponibilité sélective de gènes peut ainsi déboucher sur des inégalités de connaissances et éventuellement des modes de guérison de certaines populations, privilégiées par rapport à d'autres.

Ainsi, la diffusion des connaissances ne serait que peu effective et il serait souhaitable d'encourager la constitution de banques représentatives de la population mondiale afin de développer une réelle activité de recherche scientifique dont les répercussions ne seraient pas simplement sélectives. Actuellement, l'Islande est le leader mondial de ce type de projet de constitution de biobanques et biothèques avec la participation de la totalité de la population. Des projets identiques se développent dans d'autres pays, notamment les pays en voie de développement, qui voient dans ce type de projet un moyen de se positionner sur la scène internationale.

⁶⁹ Avis n° 77 du CCNE, *Problèmes éthiques posés par les collections de matériels biologiques et les données d'informations associées : "biobanques", "biothèques"* », 20 mars 2003.

⁷⁰ Ibid.

La crainte formulée touche donc aussi les exploitants de ces sources et les fins qui sont assignées à la recherche génomique. Il existe deux logiques de recherches différentes et, partant, deux logiques d'accès aux connaissances⁷¹ selon que l'exploitant est une entreprise publique ou privée. Les industries privées travaillent dans le but de se constituer un panel d'inventions brevetables, permettant la constitution de monopoles sur l'exploitation de l'application d'un ou plusieurs gènes, monopoles qu'elles possèdent en plus sur l'information et qu'elles ne souhaiteront diffuser que moyennant finance. La logique opposée des exploitants publics vise à diffuser largement et le plus rapidement possible dans la littérature scientifique les découvertes sur les applications et les informations concernant les gènes afin de faire obstacle à la course aux brevets dans laquelle s'est lancé le secteur privé.

Ainsi, les autorités publiques, avec le concours des organismes officiels des brevets, tentent d'assainir la course au décryptage du génome en limitant la constitution abusive de monopole d'exploitation sur des gènes dont aucune application n'a été démontrée. Cependant, fait jour un autre acteur souhaitant que lui soit reconnu un droit sur les retombées économiques des inventions permises par son concours.

b – les retombées économiques de l'exploitation du matériel génétique.

L'essor des biotechnologies et les avantages que procure la brevetabilité du vivant posent la seconde problématique du versement d'une prime d'intéressement au donneur de l'élément à partir duquel l'invention a été possible. Cette alternative offrirait une issue équitable aux problèmes du biopiratage et viserait à assainir les relations médicales encore ternies par les exemples d'abus relatés par les médias. Cependant, l'adoption d'une telle option serait contraire au maintien du corps humain, de ses éléments et ses produits, hors commerce.

Il est à souligner que cette démarche serait peu souhaitable alors même que des systèmes spécifiques évoluent de la sorte légalement. Il s'agit des associations se consacrant uniquement à un type particulier de maladie et dont les bénéficiaires ne rejaillissent que sur la population directement atteinte par ces affections pathologiques. Il existe bien un système de rétribution dans l'espoir d'une amélioration de la connaissance et de la découverte de mode de guérison de ces pathologies. Mais les répercussions ont une application ciblée, définie par l'objet même de la constitution de telles associations et se limitent à des populations identifiées.

⁷¹ Rapport n° 20 (1999-2000) du sénateur (F.) SERUSCLAT, *GÉNOMIQUE ET INFORMATIQUE : L'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, 13 octobre 1999.

Ainsi, dans le cadre de la mise en œuvre de toutes les politiques actuelles de santé fondées sur le principe de précaution, les bienfaits hypothétiques pour les générations actuelles et futures d'une exploitation large du génome pourraient être à double tranchant car elle permettrait une meilleure connaissance des applications des gènes en toute circonstance. Or, ces applications pourraient déboucher, sans système de garantie, sur un eugénisme de masse lié à la sélection des gènes, tout en apportant des réponses définitives – si ce n'est radicales – à des pathologies qui nous dépassent et sur lesquelles la science butte. Or, "science sans conscience n'est que ruine de l'âme" et c'est l'équilibre de l'humanité entre les "bons et les mauvais gènes" à l'origine de la diversité qui serait menacé, ruinant ainsi le processus global de mutation génétique auquel toute espèce est soumise pour mieux s'adapter à son milieu. Plutôt que de tenter de modifier les caractères individuels en amont de la division cellulaire, une telle connaissance sur les gènes permettrait une régulation appropriée dans la recherche de solution en aval, adaptée à chaque cas d'espèce, sans remettre en cause l'équilibre des systèmes, dont le coût total serait davantage proportionné aux intérêts réels.

B – LES BANQUES D'ORGANES HUMAINS, ÉTAT DES LIEUX – ÉTAT DES SCIENCES

Les organes sont des structures complexes dont la synthèse et la conservation tiennent encore la science en échec (1). Cette limite de la science aboutit concrètement à une limitation des ressources en éléments disponibles du corps humain, creusant de ce fait la pénurie déjà recensée. Aussi, les scientifiques persistent tout en se tournant vers des solutions alternatives ouvrant la voie à d'autres interrogations éthiques sur la légitimité de ces travaux encore expérimentaux (2).

1 – Le problème récurrent de la conservation des organes humains

La conservation d'un organe est limitée dans le temps, selon le parenchyme considéré l'ordre de grandeur se situe autour de quelques heures dans des conditions optimales. Il est donc inenvisageable de constituer des banques d'organes en dehors de sa plus simple expression, le corps humain.

a – l'impossibilité pratique de constituer des banques d'organes

L'organe se définit comme la «partie du corps humain consistant en un ensemble structuré de tissus qui, en cas d'ablation totale, ne peut être régénéré par l'organisme»⁷². L'organe se distingue donc du tissu en ce que le tissu est «toutes parties constitutives du corps humain, y compris les résidus opératoires, à l'exclusion des organes, du sang et des produits sanguins, ainsi que des éléments reproductifs tels que le sperme, les ovules et les embryons. Les poils, cheveux, ongles, placenta et déchets de l'organisme sont également à exclure»⁷³.

La principale particularité d'un organe réside dans le fait qu' «une fois prélevé sur un corps [il] ne demeure vivant que pendant une période relativement brève et doit normalement être greffé dans un délai de quelques heures»⁷⁴. Il n'est donc pas encore envisageable de pouvoir conserver ces derniers dans des structures telles que des banques. La seule alternative reste donc le recours à donneur décédé par principe, vivant dans des cas exceptionnels bien que les statistiques démontrent que les organes de personnes vivantes offrent de meilleures espérances de survie que les greffes d'organes de personnes décédées.

Ainsi, à défaut de pouvoir pratiquer légalement le don entre vifs et de conserver ces organes en dehors du corps humain, les avancées de la science tendent à en limiter la dégradation à l'intérieur de son support originel après le décès du donneur potentiel.

b – le ralentissement de la dégradation progressive des organes

Le décès d'une personne, après avoir été constaté cliniquement, peut déboucher sur le prélèvement d'éléments en vue de greffes ultérieures. Ainsi, pour les organes humains deux actes vont permettre de ralentir la dégradation trop rapide ou la perte d'un organe encore fonctionnel. Avant tout, la conservation artificielle de la fonction hémodynamique permet l'irrigation continue de l'organe de la personne défunte et de ralentir sa dégradation. Ensuite, l'opération de prélèvement d'organes est une opération chirurgicale qui requiert les plus grandes attentions de la part des personnels médicaux chargés du prélèvement, autant pour l'intégrité de l'organe que pour la conservation de sa fonctionnalité maximale.

Pour l'heure les seules banques d'organes connues sont les êtres humains eux-mêmes qu'ils soient vivants ou décédés. Pour autant, la communauté scientifique entend repousser

⁷² Recommandation Rec(94)1 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur les banques de tissus humains, 1994.

⁷³ Id.

⁷⁴ Id.

encore les limites actuelles grâce aux méthodes de la manipulation génétique et de synthèse artificielle afin de constituer d'autres réservoirs d'organes au service de l'homme.

2 – Les espoirs de la science, les nouvelles banques d'organes.

Deux pistes de recherches ont été retenues par les scientifiques, les tentatives de synthèse in vitro d'organes ainsi que les évolutions de la xénotransplantation.

a – les recherches sur la synthèse artificielle d'organes fonctionnels, la relativité du pouvoir scientifique.

Les cellules souches embryonnaires sont le vecteur de nombreux espoirs scientifiques pour la synthèse in vitro d'organes humains. Si les barrières ont été levées pour la différenciation de ces cellules en groupes tissulaires déterminés, les limites se trouvent dans le regroupement de différents groupes tissulaires en un ensemble complexe et fonctionnel déterminé, l'organe. La connaissance des facteurs de croissance nécessaire à la division et à la différenciation d'une cellule pluripotente en groupes de cellules organisées est un pas prometteur, car il est désormais possible de synthétiser et de faire proliférer des tissus sur matrice spéciale.

Cependant, les scientifiques buttent sur les facteurs de croissance et leur ordre d'intervention sur une cellule pluripotente afin de la voir se diviser et se différencier progressivement en un organe fonctionnel. C'est alors que l'hypothèse du regroupement de plusieurs tissus dans un milieu de culture afin de générer leur regroupement en masse organisée fonctionnelle est à l'étude mais n'offre pour le moment pas de résultat encourageant.

Cela étant, les espoirs des scientifiques persistent au vu des résultats plus probants de la transgénèse et de la xénotransplantation.

b – les banques d'organes de substitution.

Depuis l'utilisation du sang de mouton, l'homme tente de répondre à ses déficiences en allant prendre ses pièces de rechange dans les autres espèces. Le souci du franchissement de la barrière des espèces est l'immunité propre à chacune, qui se solde par la destruction des cellules étrangères greffées. Les premières expériences de transplantation d'organes d'animaux sur l'homme remontent au début du vingtième siècle mais les avancées de la recherche sur la xénotransplantation ne se feront ressentir qu'à partir des deux dernières décennies.

La xénotransplantation est «la transplantation sur l'homme d'organes d'animaux manipulés génétiquement»⁷⁵. La recommandation Rec(2003)12 sur la xénotransplantation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 19 juin 2003 complète la définition, en son article 3, et précise qu' « est considérée comme xénotransplantation toute intervention impliquant la transplantation ou l'administration chez un receveur humain :

- de cellules, tissus ou organes, vivants, d'origine animale ou
- de fluides, cellules, tissus ou organes humains ayant eu un contact ex vivo avec des cellules, tissus ou organes, vivants, d'origine animale ».

Cette technique implique le recours au matériel génétique de l'animal afin de produire des races spécifiques dont le patrimoine génétique sera intermédiaire entre celui de l'animal parent et celui de l'homme. Ces animaux sont capables de se reproduire entre eux en véhiculant les caractères des deux espèces, aussi leur prolifération est encadrée au chapitre V – Protection des animaux – de la même recommandation. L'objectif des manipulations effectuées, dans le respect de l'animal⁷⁶, est d'atténuer au maximum les réactions de rejet entre espèces afin de limiter les désagréments qui font suite à la transplantation. Cette étape franchie par la science est un palliatif, encore peu efficace, de l'interdiction de modifier génétiquement un embryon ou de cloner des cellules pluripotentes de l'homme pour en faire des chimères⁷⁷, juste propres à constituer des réserves d'organes.

La xénotransplantation est une expérience à risque. Elle n'est proposée qu'aux personnes en phase terminale de maladie qui ne trouvent pas d'organes compatibles avec leur système immunitaire mais ces personnes font l'objet de contraintes draconiennes⁷⁸ qui peuvent prendre une expression d'ordre public à certains égards⁷⁹. Les risques envisagés s'analysent en terme de sécurité sanitaire au sens large, ils ne concernent pas seulement la personne ayant reçu l'organe et son entourage proche mais ils peuvent s'étendre à toute la population et avoir des répercussions disproportionnées par rapport aux avantages procurés. Cette appréhension est lié à l'existence, dans le patrimoine génétique des animaux utilisés, de rétrovirus dont toutes les souches ne sont

⁷⁵ Conférence Générale de l'UNESCO : www.unesco.org/confgen/presse_rel/fr-201001.bioethics.shtml

⁷⁶ Avis n° 7 du Groupe de Conseillers pour l'éthique et la biotechnologie auprès de la Commission Européenne, *Aspects éthiques de la modification génétique des animaux*, 21 mai 1996.

⁷⁷ Larousse encyclopédique illustré, Larousse-bordas, 1997, « Chimère : Organisme composé de deux variétés de cellules ayant des origines génétiquement différentes ».

⁷⁸ Recommandation Rec(2003)10 sur la xénotransplantation, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 juin 2003, art. 7 et art. 13.

⁷⁹ Id., art. 21.

pas encore identifiées ; crainte qui s'est amplifiée depuis l'expérience européenne de propagation de l'épidémie de l'Encéphalopathie Spongiforme Bovine.

Ces risques possibles de transmissions de maladies entre espèces proches génétiquement ont entraîné l'exclusion de certaines espèces animales, notamment le singe⁸⁰. L'intérêt que les scientifiques portent sur un animal particulier est la combinaison de différents critères : la proximité génétique avec l'homme, en vue de limiter les risques de rejets de greffe et d'augmenter le succès des manipulations génétiques ; la taille de l'organe de l'animal au stade adulte, l'organe final doit être de même capacité que l'organe humain à remplacer ; de son degré d'innocuité pour l'homme, ce qui pose le plus de souci et réclame la mise en œuvre quasi-systématique du principe de précaution.

Ces quelques aspects, pour le moins dissuasifs, ne doivent pas masquer les intérêts que présentent la xénotransplantation comme alternative à la pénurie d'organes, de tissus et cellules. Les animaux transgéniques obtenus se reproduisent dans des fermes spécialisées⁸¹ et ne servent qu'à ce type d'opération⁸² - ainsi le marché de ces animaux est susceptible de représenter un poids considérable, non négligeable sur le plan économique.

Les recherches sur les nouvelles applications des éléments du corps humain dans les biotechnologies traduisant l'influence croissante de la société consumériste sur le rapport du sujet à son corps, et ainsi les nouvelles exigences de bien-être suscitées par l'acceptation actuelle de la santé – bien de consommation – deviennent prétexte à profit. Dans cette dynamique, à laquelle les consommateurs de soins adhèrent, deux facteurs cumulatifs jouent en la faveur de la réification et de la patrimonialité des éléments du corps humain : le coût de la science sur le matériel humain produit, traité et conservé, ainsi que l'incidence de l'insuffisance des ressources disponibles.

Les besoins de matière première humaine sont la préoccupation profonde des politiques de santé qui se refusent à attribuer ouvertement un prix aux éléments et préfèrent valoriser la solidarité sur l'aspect individualiste, dont l'objectif de la cession ne répond pas aux mêmes impératifs. Cependant, cette volonté entre en interaction et en contradiction avec les dispositifs de santé mis actuellement à disposition reconnaissant implicitement une valeur aux éléments

⁸⁰ Id., art. 11.

⁸¹ Bulletin des médecins suisses, « Xénotransplantation, entre rêve et réalité », Bülher, Sachs, Cooper, Editores Medicorum Helveticum, 2000.

⁸² Recommandation Rec(2003)10 sur la xénotransplantation, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 juin 2003, art. 10.

disponibles ou rendus disponibles - autant à partir des personnes décédées que des personnes vivantes. En subordonnant désormais la disponibilité du corps humain au consentement de la personne pour « nécessité médicale », l'infléchissement trahit l'inclinaison implicite des corps de règles à cet état de fait, à mi-chemin entre l'admission et le refus de la dynamique de vénalité des éléments du corps humain.

Chapitre II – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET, OBJET DE VENALITE.

La traduction juridique de la vénalité des éléments du corps-sujet prend sa source dans les règles de consentement à l'acte médical. Les règles de consentement encadrent le rapport de la personne à son corps et, partant, elles commandent les manières dont la personne entend entretenir son corps en faisant intervenir un tiers dans le cadre d'un contrat strictement encadré.

Cependant, ce contrat n'est pas forcément un contrat médical dont le bénéficiaire est la personne même qui contracte, si cette personne est habilitée à contracter pour elle-même. D'une part, il faut distinguer les situations où certaines catégories de personnes ne peuvent contracter pour elles-mêmes, d'autre part, la loi précise les situations dans lesquelles la personne peut autoriser une intervention sur son corps dans l'intérêt d'autrui (don) ou de la science (recherches biomédicales).

Ce faisant, la personne peut disposer de son corps dans une certaine mesure, sans que celle-ci s'opère au-delà des dispositions d'ordre public édictées par la loi. Mais quels sont les avantages, pécuniaires ou en nature, que peut en retirer la personne et qui permettent d'affirmer que les éléments du corps humain, que la personne place au titre de l'objet du contrat, se novent en choses patrimoniales ? Doit-on distinguer selon que ces choses sont porteuses de vie ou de qualité de vie simplement ? Ce qui équivaldrait à les soumettre à des régimes juridiques différents, notamment l'étendue de la protection de celles-ci ; mais à quel titre ?

Section I – LES CHOSES PAR ANTICIPATION

Le corps humain, enveloppe charnelle de la personne physique, est une chose. Dès lors, ses démembrements sont aussi des choses et, à ce titre, épousent le droit des biens une fois l'opération de séparation du principal réalisée. Ces éléments du corps humain peuvent être l'objet d'un contrat dont l'obligation du médecin serait le prélèvement de l'élément souhaité ou l'extraction de l'élément indésirable. Tant que l'élément est l'objet du contrat et que l'opération d'extraction n'est pas réalisée, il est une chose par anticipation, c'est-à-dire une chose que les parties ont entendu faire entrer dans le droit des biens, indépendamment de son support originel,

et qui va suivre une évolution qui lui est propre. Une fois l'élément en dehors du corps de la personne, il devient une chose à part entière.

Afin que l'opération de mobilisation par anticipation soit valable, elle doit entrer dans le cadre d'un contrat médical qui, pour être licite, est subordonnée à la réunion de deux éléments pivot : le recueil préalable du consentement libre et éclairé de la personne sur laquelle l'acte médical est prévu (art. 16-3 C.Civ) et la finalité médicale de l'acte en question (art. 16-3 al.2 C.Civ). La réunion de ces deux conditions vise à lever l'opposition de principe que le droit, civil et pénal, pose en matière de disponibilité du corps humain. Le consentement de la personne visée par l'acte est indispensable, pour autant son recueil ne fait pas tomber toutes les garanties de protection qui sont accordées à la personne, (A) mais il n'est pas suffisant.

Pour que le respect des règles d'ordre public soit assuré, l'opération de mobilisation par anticipation ne doit pas avoir de cause patrimoniale. Le contrat médical est un contrat synallagmatique et l'obligation du patient est le paiement de la prestation donc le versement d'une somme au praticien pour l'exécution de l'acte convenu. Il y a donc dans le droit positif des indices de patrimonialité des éléments du corps humain (B) et ce, bien que l'assurance maladie vienne se substituer au patient lors du règlement de l'acte, car le patient a déjà versé au préalable et par anticipation les sommes dues pour sa couverture à l'assurance maladie.

A – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET ET L'INVOLABILITE DU CORPS HUMAIN.

Le principe du recueil de consentement avant tout acte médical est un principe commun à de nombreuses législations européennes et qui vise à garantir l'inviolabilité du corps humain. L'article 16-3 C.Civ., d'ordre public selon les termes de l'article 16-9 C.Civ., prévoit qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

L'inviolabilité du corps humain repose sur la condition essentielle que le consentement de la personne, sujet de l'intervention, ait été recueilli. Pourtant la loi prévoit qu'il peut être porté exceptionnellement atteinte à l'intégrité de la personne en dehors de tout consentement exprès, s'il en va de son intérêt ; dans ce cas de figure, les décisions sont laissées à l'appréciation des praticiens et guidées par leur conscience professionnelle.

Toutefois, les règles de recueil du consentement sont envisagées de manière différente selon la nature de l'acte auquel va se soumettre le bénéficiaire de l'acte médical, qui n'est pas nécessairement un patient. Ces règles sont vouées non seulement à prémunir les bénéficiaires des soins contre la communication d'une mauvaise information mais aussi à protéger les praticiens contre les abus de leurs "clients".

1- La réification du corps-sujet avec recueil du consentement

a – les personnes capables

A la lecture des dispositions du code Civil il apparaît que les mineurs émancipés (à partir de l'âge de 16 ans) sont traités comme des majeurs et relèvent, à ce titre, des dispositions communes aux majeurs quant aux actes de la vie civile, art. 481 al.1⁸³ C.Civil, ils sont alors aptes à contracter pour eux-mêmes en matière médicale.

Le recueil du consentement libre et éclairé est le préalable indispensable à la conclusion du contrat médical, cette exigence résulte des dispositions cumulées des articles 1108 al. 1⁸⁴ et 1109⁸⁵ du C.Civ. Cette exigence se poursuit aussi au cours de la vie du contrat médical et l'assentiment du patient est constamment requis dans toutes les phases d'exécution de celui-ci. Il n'existe donc pas un mais plusieurs consentements autonomes dans la relation que fait naître le contrat médical, ce qui entraîne une participation systématique du patient dans le but affiché de condamner la doctrine du paternalisme médical diffusée par le Pr Portes⁸⁶.

Le consentement à l'acte médical porte sur l'acte en lui-même ainsi que sur les conséquences de cet acte. Le recueil du consentement libre et éclairé implique donc que le patient doit recevoir de la part du praticien toutes les informations nécessaires à sa bonne compréhension non seulement sur l'envergure de l'acte envisagé mais aussi sur les conséquences de celui-ci sauf conséquences exceptionnelles. De son côté le patient n'est pas passif. Il pèse sur lui une obligation de collaboration portant sur la sincérité dans les informations fournies au praticien,

⁸³ Art. 481, al. 1 Code Civil : « Le mineur émancipé est capable, comme le majeur, de tous les actes de la vie civile. »

⁸⁴ Art. 1108 al. 1 C.Civ : « Quatre conditions sont essentielles à la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige (...) ».

⁸⁵ Art. 1109 C.Civ. : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol. »

⁸⁶

relatives à ses antécédents et son état de santé, informations indispensables au praticien pour prodiguer les soins les mieux adaptés.

α - Les modalités de recueil du consentement

Le formalisme mis en place pour le recueil du consentement montre les interventions que le législateur place au rang des atteintes graves à l'intégrité et qui requièrent plus qu'un simple consentement. C'est une réelle réflexion sur la portée de l'acte auquel s'apprête à consentir la personne qui est demandée. Mais ce formalisme ne fait que permettre des atteintes qui vont dans le sens de l'acceptation de la réification du corps, et qui réclameraient un encadrement plus fort par les principes éthiques visant à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Plusieurs activités médicales sont le support de cette réification, il s'agit des prélèvements d'organes sur personne vivante, de la recherche biomédicale ou encore la procréation médicalement assistée ou la réalisation d'interruption de grossesse suite à un diagnostic prénatal.

Les prélèvements d'organes sur personne vivante : les modalités de consentement à ces actes sont prévues aux articles L. 1231-1 à L. 1231-5 du CSP. Les textes précisent que le donneur doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. Ces textes prévoient en outre que, le cas échéant, il peut être recueilli par le procureur de la République en cas d'urgence. Or, le recours à donneur vivant s'effectue toujours en urgence dans la mesure où on ne dispose pas d'organe compatible ou de temps pour en rechercher un. De plus, les bénéficiaires sont directement identifiés puisque ce recours à personne vivante suppose l'existence de liens familiaux afin de garantir un maximum de compatibilité entre le donneur et le receveur – à savoir que cette identification est contraire aux principes éthiques défendus par les organisateurs de la solidarité nationale et qui sont censés présider en matière d'attribution de greffons. Cette alternative offerte par le législateur au manque d'organes est peu usitée, mais ceci est lié en partie au défaut de lien de parenté entre les donneurs volontaires et les receveurs tels que les concubins ou les pacsés. Sensibilisé par cette inégalité de situation, le régime du don entre vifs devrait pouvoir leur être étendu par la révision des lois bioéthiques en cours.

La recherche biomédicale : le consentement à la recherche biomédicale, prévu à l'article L. 1122-1 du CSP, doit être « donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur ou du promoteur ». L'éventualité des

situations d'urgence est prise en considération et permet aux promoteur de présenter au comité éthique un protocole précisant que le consentement de l'intéressé ne sera pas recherché mais que celui de sa famille sera sollicité s'ils sont présents et, à défaut, celui de la personne de confiance. Toutefois, le consentement de l'intéressé devra être recherché dès que possible pour la poursuite de la recherche.

L'assistance médicale à la procréation (AMP) : L'accès à la procédure d'AMP est étroitement encadrée par les articles L. 2141-1 à L. 2141-11 du CSP, elle est réservée aux seuls couples et destinées à remédier à l'infertilité du couple dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Le consentement du couple doit être recueilli pour la sélection des embryons lors du diagnostic préimplantatoire. Cette technique de sélection du meilleur embryon reflète le caractère mercantile de la procédure et, plus que répondre à un réel souhait de construction familiale, il vise à limiter l'expression du hasard propre à toute grossesse normale, cette part de hasard permettant de conserver un équilibre parmi la diffusion des gènes aux générations futures. La réification des éléments du corps humain, l'embryon étant une *par mulieri*, est le reflet d'une demande sociale de réduction des risques au taux minimal.

Le consentement intervient en outre pour le don d'embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental soit à un autre couple, soit à la recherche ou encore pour leur destruction. Cependant, lors de la réduction embryonnaire qui doit intervenir suite au transfert dans l'utérus maternel d'un nombre trop élevé d'embryons – l'Association Médicale Mondiale recommande l'implantation maximum de trois embryons⁸⁷ - la sélection est faite par l'équipe médicale.

Les interruptions de grossesse : jusqu'à la douzième semaine elles peuvent être effectuées pour cause de détresse⁸⁸. Cette alternative est une liberté reconnue à la femme depuis la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975. Après la douzième semaine, une équipe pluridisciplinaire doit attester d'un risque grave pour la mère en cas de poursuite de la grossesse ou la détection d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic pour l'enfant⁸⁹.

Les interventions chirurgicales : Le consentement à l'acte chirurgical est recueilli dans les formes habituelles du contrat médical mais ne porte pas sur le devenir de la pièce anatomique extraite. Certaines opérations donnent lieu à la remise au patient de cette pièce anatomique, pour

⁸⁷ Déclaration sur les aspects éthiques de la réduction embryonnaire, l'Assemblée Générale de l'AMM, Bali, septembre 1995.

⁸⁸ CSP, Art. L. 2212-1.

⁸⁹ CSP, Art. L. 2213-1.

d'autres une demande expresse d'envoi à la recherche est effectuée mais n'est pas une obligation dans la mesure où les pièces anatomiques sont des déchets opératoires appartenant au premier occupant et qui doivent être éliminées si elles ne font pas l'objet d'investigations scientifiques ou industrielles.

De ces exemples d'interventions médicales émerge le souci du devenir de la pièce désolidarisée du corps-sujet dont l'avenir n'est plus du ressort du patient qui a souhaité s'en débarrasser mais des intervenants à l'opération.

β – Le contenu de l'obligation d'information

L'obligation d'information recouvre l'information sur la nature de l'acte envisagé et les risques que représentent celui-ci pour le patient. L'information est communiquée en fonction des antécédents personnels et familiaux de la personne. Pour l'heure, l'information porte rarement sur le devenir des éléments prélevés⁹⁰ sauf lorsqu'il s'agit de l'objet même de ce prélèvement et hors le cas où le praticien demande l'assentiment post-opératoire du patient pour soumettre l'élément prélevé à la recherche.

La crainte communément invoquée est qu'une information portant sur l'avenir des pièces prélevées risque fortement de détourner l'attention du patient des risques inhérents à l'intervention en le focalisant sur un point non essentiel à un moment où il envisage un acte lourd de conséquences. Dans le cas d'une IVG, le risque serait de voir la femme préférer mener sa grossesse à terme pour ne pas voir l'élément d'elle-même, qu'elle rejète pourtant, devenir un objet d'expérience ou une source d'approvisionnement de matière première en vue d'une application industrielle quelconque. L'analyse est d'autant plus préoccupante qu'elle peut toucher des personnes facilement démunies telles que les incapables.

b — les incapacités juridiques

Les incapacités de droit se scindent en deux catégories distinctes : les mineurs et les majeurs protégés. Les mineurs font l'objet des dispositions du chapitre I du titre dixième du Code Civil intitulé « de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation », art. 388 et s. ; Le cas des majeurs protégés est envisagé par les dispositions du titre onzième du Code Civil intitulé « de la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi », art. 488 et s. Cependant, les textes ne prennent pas en considération les majeurs sous curatelle ou encore les majeurs sous sauvegarde

⁹⁰ Avis n° 8 du Groupe de Conseillers pour l'éthique et la biotechnologie auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine*, 25 septembre 1996.

de justice car ceux-ci sont aptes à fournir un consentement seul et juridiquement valable auprès de leur médecin

a – Les modalités de consentement dans les différents régimes d'incapacités

Il existe quatre types d'incapacités juridiques dans le Code Civil et pour chacune de ces catégories le Code Civil instaure des limitations à une incapacité juridique totale, ceci ayant notamment des effets en matière de consentement médical.

- le recueil du consentement des mineurs non émancipés

Aux termes de l'art. 389-3 C.Civ. seuls les mineurs non émancipés relèvent du régime de la gestion d'affaire, cet article prévoit que « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas pour lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ». La pratique médicale, reprise par l'art. 42 du Code de déontologie médicale, avant d'être légalement consacrée à l'article L. 1111-2 al. 4 du CSP⁹¹, s'efforçait de recueillir le consentement du mineur à même d'exprimer sa volonté et capable de comprendre la portée de l'acte médical le concernant.

Les dispositions du Code Civil énoncent, pour les mineurs non émancipés, que chacun des parents mariés exerce l'autorité parentale auprès de leur enfant, il en va de même pour les enfants naturels, art. 372 al.1 et 2 C.Civ., à moins que la filiation de celui-ci n'ait été établie que par l'un des parents, auquel cas, seul ce dernier exercera auprès de l'enfant l'autorité parentale, art 374 C.Civ. L'art. 371-2 du C.Civ. dispose : « l'autorité appartient aux pères et mères pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation ».

Le mineur non émancipé ne dispose pas de la capacité de conclure un contrat, à ce titre, il appartient aux titulaires de l'autorité parentale de s'acquitter de leur devoir de garde et de surveillance pour garantir la sécurité et la santé de l'enfant. Ainsi, en matière médicale, le mineur est sous la garde de ses parents et est soumis aux égards de ces derniers pour le maintien de sa santé.

Le Code Civil appréhende toutefois les défaillances possibles des parents et pose les règles aux articles 389-2 et 389-3 :

⁹¹ Disposition du CSP depuis la loi 2002-303 du 4 mars 2002.

- L'art. 389-2 dispose « l'administration légale est placée sous le contrôle du juge des tutelles lorsque l'un ou l'autre des parents est décédé ou se trouve dans l'un des cas prévu par l'article 373⁹² C.Civ. ; elle l'est également, à moins que les parents n'exercent en commun leur autorité parentale, lorsque les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, ou encore lorsque le mineur est un enfant naturel ».

- L'art. 389-3 prévoit que « l'administrateur légal représentera le mineur pour tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office ».

La combinaison de ces deux dispositions permet de déduire que le mineur peut, en matière contractuelle, lorsque ses intérêts sont en jeu et mal défendus par ses représentants légaux, bénéficier d'un minimum de capacité juridique.

- Le recueil du consentement chez les incapables majeurs.

Les majeurs incapables peuvent être placés sous trois régimes différents, plus ou moins contraignants. Les textes relatifs aux interventions médicales sur des majeurs protégés ne font que référence aux majeurs sous tutelle, or le Code de déontologie médicale prévoit un régime particulier pour un mineur et « un majeur protégé » et non pour « un majeur sous tutelle », notamment en son article 42 al. 1.

- Les majeurs sous tutelle sont l'objet du régime le plus contraignant et sont appréhendés par l'art. 495 du C.Civ qui dispose « Sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle des mineurs, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant et, en outre, sous les modifications qui suivent ». Ainsi, les règles relatives aux actes civils relèvent de la gestion d'affaire. Au même titre que le mineur placé sous l'autorité parentale, le mineur ou le majeur

⁹² Art. 373 C.Civil : « Perd l'exercice de l'autorité parentale ou en est provisoirement privé celui des pères et mère qui se trouve dans l'un des cas suivants :

1° S'il est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause ;

2° S'il est consenti une délégation de ses droits selon les règles établies à la section III du présent chapitre ;

3° S'il a été condamné sous l'un des divers chefs de l'abandon de famille, tant qu'il n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins ;

4° Si un jugement « de retrait total ou partiel de l'autorité parentale » a été prononcé contre lui, pour ceux de ses droits qui lui ont été retirés. ».

placé sous le régime de la tutelle verra son tuteur agir seul pour les actes bénins. En revanche, pour les actes graves, l'autorisation devra émaner du conseil de famille.

- Les majeurs sous curatelle font l'objet des articles 508 et s. du C.Civil. Selon les termes de l'art. 508 « lorsqu'un majeur, (...), sans être hors d'état d'agir lui-même a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile, il peut être placé sous curatelle ». Et l'art. 510 al. 1 du C.Civil prévoit que « le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille ». Il ressort de ces dispositions que pour une série d'actes qui seraient susceptibles d'entrer dans la catégorie d'actes très lourds ou particuliers en matière médicale, il pourrait y avoir lieu de recueillir le consentement du curateur en sus de celui du majeur sous curatelle, voire de l'assister constamment dans sa démarche auprès de médecin.

- Les majeurs sous sauvegarde de justice font l'objet du régime de protection le moins lourd. Aux termes de l'art. 491-2 al. 1 du C.Civil, le majeur sous sauvegarde de justice « conserve l'exercice de ses droits » et, selon l'al. 2, « les actes qu'il a passés et les engagements qu'il a conclus pourront être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès lors même qu'ils ne pourraient être annulés en vertu de l'article 489 ». Ainsi, il peut passer seul ses contrats médicaux et ne sera protégé qu'en cas de demande d'honoraires excessifs.

Le consentement de l'incapable n'est donc pas négligé, bien au contraire, ce dernier est systématiquement recueilli par les médecins, lorsqu'il est matériellement possible de le faire et si le patient dispose des facultés de discernement nécessaires. En outre, la loi prévoit dans certains cas le recueil obligatoire du consentement de l'incapable.

β – Les systèmes de consentement des incapacités à l'épreuve de la réification du corps humain

Le système de consentement à l'acte médical des incapables juridiques, en s'agencant comme des dérogations au droit commun, contribue à la reconnaissance d'une véritable réification des éléments du corps humain. Ils sont même la preuve la plus frappante de l'existence d'une vénalité des éléments du corps humain dans la mesure où, en ces domaines, le consentement de l'incapable à l'acte est donné en connaissance de la personne du destinataire, donc on recherche chez lui une prédisposition - ou non - à l'aliénation d'un élément de son corps pour une personne précisément identifiée.

- la recherche systématique du consentement à tous les actes médicaux

Les dispositions réglementaires applicables aux médecins en vertu de l'article 42⁹³ du Code de déontologie médicale ont été reprises dans par le Code de la Santé Publique à l'article L.1111-4 issu de la loi 2000-303 du 04 mars 2002, qui prévoit que « le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ».

Ainsi, outre la faculté ouverte aux mineurs et majeurs sous tutelle, et a fortiori aux majeurs sous curatelle pour les actes graves, de contester au regard des règles du Code Civil le refus des représentants légaux d'autoriser un acte de soin indispensable, le CSP offre la faculté au médecin, voire lui impose le devoir de contourner le refus de l'autorité parentale ou de tutelle en faisant primer son obligation déontologique de sauver des vies, attitude prévue à l'article 43 du Code de déontologie médicale⁹⁴. Ainsi, « L'autorité parentale trouve sa limite dans les droits de l'enfant à bénéficier de soins conformes aux données acquises de la science⁹⁵ ».

- les dispositions légales prévoyant le consentement autonome du mineur

Il s'agit là de recenser tous les textes qui imposent d'obtenir un consentement direct du mineur ou du majeur sous tutelle, en raison de la gravité de l'acte sur la personne de l'incapable, pour l'accomplissement d'actes médicaux impliquant une réification du corps humain et des éléments qui en seront issus.

Le prélèvement d'organes : Aux termes de l'article L.1231-2 du CSP les prélèvements d'organes sont interdits sur la personne d'un mineur. Seul peut être envisagé, selon l'article

⁹³ Art. 42 Code de déontologie médicale :

« Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement.

En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires.

Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible. »

⁹⁴ Art. 43 Code de Déontologie médicale : « Le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage ».

⁹⁵ Sargos Pierre, « L'information du patient et le consentement aux soins », Droit médical et hospitalier, éd. Litec, novembre 2001, point n° 26.

L.1231-3 du CSP, un prélèvement de moelle osseuse à condition que le mineur ait donné son consentement et seulement dans la mesure où le bénéficiaire du prélèvement est un frère ou une sœur. En aucun cas ce prélèvement ne peut lui être imposé.

La recherche biomédicale : Un mineur ou un majeur sous tutelle peut se livrer à une recherche biomédicale, au titre de la Loi Huriet du 20 décembre 1988, mais son consentement doit impérativement être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté et il ne peut être passé outre son refus ou la révocation de son consentement.

L'interruption volontaire de grossesse : L'IVG est un droit reconnu à toute femme qui se considère en situation de détresse du fait même de cette grossesse. La mineure non émancipée et la majeure sous tutelle sont en droit de demander cette intervention à un médecin en dehors de la présence de toute personne.

Pour cette intervention, l'article 2212-7 du CSP dispose que si la femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exercent l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est requis. Mais il est toujours possible de passer outre l'autorisation parentale si le dialogue familial est impossible, dans ce cas, l'incapable peut se faire accompagner par la personne majeure de son choix, qui assurera simplement un rôle d'accompagnement et de soutien psychologique. Ainsi, le consentement de l'incapable est déterminant et indépendant de celui des parents ou du représentant légal, elle ne peut se voir imposer une IVG à laquelle elle n'aurait pas consenti. De la même manière, elle ne peut se voir refuser une IVG qu'elle souhaiterait.

Outre ces textes spécifiques, l'article L. 1111-5 du CSP prévoit que « Par dérogation à l'article 371-2 C.Civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé ». Il s'agit donc bien de l'expression la plus convaincante de l'inviolabilité – plus précisément de l'indisponibilité - du corps humain dans la mesure où le mineur peut conserver une part d'intimité dans les actes médicaux le concernant en se préservant de l'intervention de ses représentants légaux. Cette manifestation est conditionnée par un devoir du médecin car celui-ci « doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation ». Dans le cas où le mineur maintient son opposition à une telle consultation, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dès lors, « le

mineur [doit se faire] accompagner d'une personne majeure de son choix ». Ce qui revient bien à consacrer un réel pouvoir autonome au mineur dans le cadre de sa santé puisque le majeur choisit dans son accompagnement sera forcément un majeur qui ira dans le sens de la volonté du mineur considéré.

Ainsi, l'incapable se voit reconnaître, dans certaines circonstances, la capacité juridique nécessaire pour donner un consentement valable et que l'on ne peut outrepasser. Le mineur dispose de plus en plus de la faculté de droit commun ouverte aux majeurs capables comme il dispose d'un pouvoir réel de décision pour lui-même dans les actes engageant l'intégrité de son corps tels que les IVG, les prélèvements d'organes ou les recherches biomédicales. Toutefois, cette liberté qui lui est aménagée demeure limitée à certaines interventions, ainsi seule la moelle osseuse peut faire l'objet d'un prélèvement à condition que ce soit pour son frère ou sa sœur ; il y a donc identification du destinataire, ce qui est contraire au droit commun du don allogénique pour lequel est recommandé l'anonymat et la gratuité du don afin de préserver l'intégrité du consentement. De même, la recherche biomédicale pourra être autorisée que s'il y a un bénéfice individuel direct pour le mineur qui ne peut être obtenu d'une autre manière.

2- La réification du corps-sujet sans recueil du consentement

Certaines situations de fait rendent le recueil préalable du consentement impossible avant l'intervention de l'équipe médicale. Cette modalité intéresse non seulement les personnes capables qui sont, au moment de l'intervention médicale, soit dans l'impossibilité totale de donner un consentement, soit dans l'impossibilité de donner un consentement valide du fait de la diminution temporaire de leur faculté de discernement. Mais elle peut aussi toucher les incapables lorsque ceux-ci peuvent valablement consentir pour eux-mêmes au titre des dispositions spéciales précédemment évoquées.

L'article L. 1111-4 al. 1 du CSP dispose « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé » et, en son al. 2 il prévoit que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». De même, à son al. 4, il dit que « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut

être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L.1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». Ce qui rejoint l'article 36 al. 3 du Code de déontologie selon les termes duquel « si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus ou informés, sauf urgence ou impossibilité ».

Ainsi, dans la mesure où un médecin se retrouve face à une situation où la personne n'est pas en mesure de consentir à l'acte médical dont elle va faire l'objet, le droit aménage pour le médecin des parcelles de liberté où il aura toute liberté pour agir en toute bonne conscience. Ces parcelles de liberté sont les instants où l'absence de recueil du consentement de la personne est justifiée par l'urgence ou par l'impossibilité de recueillir par tout moyen le témoignage de la volonté de celle-ci selon un autre biais. Ces dispositions s'appliquent qu'il s'agisse d'un consentement aux soins ou d'un refus de soins.

a – les incapacités temporaires

Ces incapacités peuvent résulter de divers cas de figure allant d'une incapacité passagère à l'installation progressive d'une incapacité irréversible de discernement. Il convient donc d'établir une gradation entre le stade de l'ébriété d'une personne, qui le rend inapte à consentir jusqu'à son retour vers la sobriété, et le stade de l'installation progressive d'une maladie neurologique dégénérative rendant psychologiquement la personne touchée inapte à consentir à un acte de manière éclairée, d'abord de façon légère puis de manière définitive, c'est l'exemple de la maladie d'Alzheimer mais il peut aussi s'agir de toute autre forme de démence.

b – les situations d'urgence

Dans cette même logique, un état temporaire d'incapacité peut se retrouver lorsque le médecin, au cours d'une opération, découvre un élément nouveau et ne peut suspendre son intervention sans mettre la vie de son patient en péril. Il s'agit d'une atteinte au principe du consentement conscient mais le médecin est tenu de prodiguer les soins qui seront justifiés par la situation d'urgence à laquelle il se trouvait confronté. En effet, le Code de déontologie médicale pose le principe en son article 9 que « tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires », il faut donc attester qu'il y a bien eu péril durant l'opération qui rendait impossible l'interruption de l'intervention afin de recueillir préalablement le consentement du patient.

B – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET ET LA NON-PATRIMONIALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.

Le principe de non-patrimonialité des éléments du corps humain a deux expressions : il suppose, au titre de la gratuité du don, que l'élément sur lequel porte la convention ne fera pas l'objet d'une cession à titre onéreux⁹⁶ et ensuite il impose la sauvegarde de l'anonymat pour préserver le donneur d'influences susceptibles d'orienter son consentement.

Cependant, les interventions autres que le don d'éléments du corps humain sont capables de déboucher sur le recueil d'éléments du corps humain qui, une fois désolidarisés de leur support, vont connaître un parcours en fonction de l'intérêt qu'ils représentent pour d'autres activités médicales ou de recherches.

L'intervention d'une équipe médicale pour le recueil puis le traitement, la conservation, etc. de l'élément considéré suppose une activité économique à chaque palier de progression de l'élément, activité qui a pour but de conférer une valeur ajoutée à l'élément prélevé. Or, ces éléments sont remis sur le marché en qualité de produits de santé dotés d'une valeur patrimoniale bien que la matière première ne puisse faire l'objet d'un marché. Cette assertion peut-elle être soutenue dans la mesure où la conclusion de tout contrat médical suppose, selon les règles relatives aux contrats synallagmatiques, l'existence de deux obligations principales qui sont, pour le praticien, d'effectuer une prestation médicale et pour le patient le paiement d'un prix quel que soit l'objet de la convention, même s'il porte sur une greffe et bien que l'assurance maladie rembourse les soins en question.

1 – La personne malade

La personne malade peut être une source particulièrement sensible à la réification des éléments de son corps. Placée dans une situation de dépendance vis-à-vis des soins qu'elle est en mesure de recevoir elle peut autoriser plus facilement la mobilisation de certains éléments de son corps par avance, ou bien permettre des investigations qui lui rapporteront une compensation en

⁹⁶ C.Civ., Art. 16-6 « 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 ».

nature que l'on peut analyser comme une contrepartie équitable. Dans les deux schémas, la personne malade est censée retirer un bénéfice de ces interventions et en tirer un avantage quelconque.

a – les interventions médicales

La personne qui consent à se soumettre à une intervention chirurgicale consent implicitement au retrait de l'élément perturbateur de sa santé. Le patient souhaite retrouver une meilleure santé mais ne se pose pas la question de savoir ce qui va advenir de l'élément extrait. Pourtant, les éléments issus d'opérations chirurgicales s'avèrent avoir une valeur pour les personnels de santé ainsi que pour la recherche toujours en quête de matières premières. L'analyse de deux cas permettra de montrer que la mobilisation de la partie devenue indésirable peut avoir, en arrière fond, une recherche de profit.

- les pièces anatomiques recueillies suite à une activité de soin.

On s'attachera à déterminer le régime des pièces anatomiques suivant qu'elles sont « aisément identifiables » tels que les membres, organes, tissus, tumeurs ou autres excroissances cellulaires à caractère oncogène ou « non aisément identifiable » tels que les résidus opératoires, les échantillons anatomiques et biopsies.

Selon les dispositions de l'art. R. 44-1⁹⁷ du CSP prévoit que « les déchets d'activités de soins sont les déchets issus des activités de diagnostic, de suivi et de traitement préventif, curatif ou palliatif dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire. Parmi ces déchets sont soumis aux dispositions de la présente section ceux qui :

1° Soit présentent un risque infectieux, du fait qu'ils contiennent des microorganismes viables ou leurs toxines (...)

2° Soit, même en l'absence de risque infectieux, relèvent de l'une des catégories suivantes : (...)

c) déchets anatomiques humains, correspondant à des fragments humains non aisément identifiables.

Sont assimilés aux déchets d'activités de soins, pour l'application de la présente section, les déchets issus des activités d'enseignement, de recherche et de production industrielle dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire, ainsi que ceux issus des activités de thanatopraxie, lorsqu'ils présentent les caractéristiques mentionnées aux 1° et 2° ci-dessus. »

⁹⁷ CSP, Deuxième Partie : Réglementaire, Livre Premier - Protection générale de la santé publique, Titre Premier - Mesures sanitaires générales, Chapitre VIII - Dispositions relatives aux déchets d'activités de soins et assimilés et aux pièces anatomiques, Section I – Elimination des déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés.

L'art. R. 44-7⁹⁸ du CSP précise que « les pièces anatomiques sont des organes ou des membres, ou des fragments d'organes ou de membres, aisément identifiables par un non spécialiste, recueillis à l'occasion d'activités de soins ou d'activités visées au dernier alinéa de l'article R. 44-1 ».

Il résulte de la lecture associée de ces deux dispositions que les pièces anatomiques qui présentent un risque infectieux font l'objet d'une élimination obligatoire aux termes de l'article R. 44-1. L'article R. 44-7 précise ce que l'on entend par pièces anatomiques mais ne soumet pas d'office à élimination celles ne présentant aucun risque infectieux. Ces pièces anatomiques peuvent alors être récupérées à des fins scientifiques, médicales ou industriels et ne seront soumises à élimination que si elles sont destinées à l'abandon de la part de tous les protagonistes comme le prévoit l'art. R. 44-9 I. du CSP⁹⁹.

C'est dans ce contexte que pourrait intervenir la variable aliénation des éléments du corps humain, ce dont témoigne l'exemple américain de l'affaire Moore. M. Moore était une personne atteinte de leucémie chez laquelle son médecin traitant découvrit qu'il développait des protéines rares pouvant faire l'objet d'applications industrielles. Une fois les protéines isolées à l'insu du patient le médecin déposa une demande de brevet et put l'exploiter industriellement, dès qu'il en eut connaissance M. Moore demanda le versement d'une compensation financière. Suite à un long parcours judiciaire, il fut débouté par la Cour Suprême Californienne qui précisa que « les parties du corps ne peuvent pas faire l'objet d'un troc comme une simple denrée sur le marché. (...) la lignée cellulaire, sans être la propriété de M. Moore, pouvait être légitimement revendiquée par l'UCLA ». La Cour ne reconnaît au patient aucun droit de propriété sur ses cellules « pour ne pas handicaper la recherche médicale en restreignant l'accès aux matériaux nécessaires ». Cette affaire constitue le premier cas de ce qu'on appelle désormais le biopiratage.

Il ne faut donc pas négliger l'intérêt que les examens diagnostics et préventifs à partir d'échantillons de matière humaine peuvent représenter et encore moins les résidus d'activités de soins dans la mesure où ils sont considérés comme des choses sans maître.

⁹⁸ CSP, Deuxième Partie : Réglementaire, Livre Premier - Protection générale de la santé publique, Titre Premier - Mesures sanitaires générales, Chapitre VIII - Dispositions relatives aux déchets d'activités de soins et assimilés et aux pièces anatomiques, Section II – Elimination des pièces anatomiques.

⁹⁹ CSP, Art. R. 44-9 « I- Les pièces anatomiques d'origine humaine destinées à l'abandon doivent être incinérées. »

Cette dernière assertion concerne l'hypothèse du recueil de fragments sains susceptibles d'application médicale mais elle peut aussi soulever celle de la récupération d'un organe total sain.

- *les greffes en domino et le traitement de l'organe sain remplacé.*

Le système de la greffe en domino consiste, pour les personnes atteintes de maladie pulmonaire telle que la mucoviscidose, en un retrait des poumons malades et du cœur sain de la personne pour lui substituer un ensemble cœur-poumon sain issue d'un donneur cadavérique unique. Cette opération lourde requiert le consentement du malade mais ce dernier ne porte pas sur le devenir du cœur sain qui lui a été retiré et auquel on a substitué un autre cœur sain. Le patient n'a aucun droit sur son cœur sain une fois l'opération réalisée.

Le cœur sain est considéré pour l'heure comme un résidu opératoire dont la possession revient au premier occupant. De cette manière le praticien peut en faire ce que bon lui semble, il peut donc être inséré dans les canaux légaux de la transplantation en vue de répondre aux besoins d'une autre personne en attente de greffe cardiaque mais sans avoir rempli les conditions préalables liées au don. Si l'accord de la personne est recueilli pour le don ultérieur, lequel aura déjà été effectué lorsque le patient sortira de sa convalescence, c'est si et dans la mesure où l'opération est un succès. On imagine mal le donneur poursuivre le receveur pour récupérer l'organe sain dont il n'a pas fait don et grâce auquel il pourra sinon prolonger sa vie du moins bénéficier d'une meilleure qualité de fin de vie.

Cette méthode, surtout exploitée au Royaume-Uni, offre le double « avantage de fournir un organe d'excellente qualité, contrairement aux greffons qui ont subi les dommages de la décérébration, et de permettre des investigations complémentaires avant le prélèvement »¹⁰⁰.

b – les dons autologues

La pratique des dons autologues permet d'anticiper chez un malade la dégradation de certains éléments de son corps consécutivement au traitement qu'il devra subir. Ainsi, le bénéfice de la personne est double : dans un premier temps il va devoir se soumettre à un traitement qui va le guérir tout en lui endommageant certaines fonctions mais, dans un second temps, ces fonctions pourront être réhabilitées grâce à la disponibilité immédiate d'éléments dont l'histocompatibilité

¹⁰⁰ Rapport n° 1407 des député (A.) CLAEYS et sénateur (C.) HURIET sur *L'application de la 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*, OPECST, 17 février 1999.

ne pose pas de problème et sur lesquels il dispose d'un droit de préférence par rapport aux autres receveurs potentiels.

Ce système instaure des canaux prioritaires en matière d'attribution de greffons non régulés dans un premier temps par la solidarité nationale mais dont un retour vers les ressources communes est espéré en cas de non-utilisation par le destinataire prioritaire.

c – la recherche biomédicale avec bénéfice individuel direct.

La personne malade qui se lance dans une expérimentation biomédicale attend un bénéfice de cette expérimentation donc souhaite ressortir de celle-ci avec un avantage certain, raison de son engagement. Pour autant il conserve la faculté de retirer son consentement à la poursuite de la recherche à tout moment.

Ceci étant, la distinction de régime entre cobaye et volontaire malade se retrouve dans le cas où un dommage surviendrait au cours de la recherche. A l'égard de cobaye le promoteur assume une responsabilité sans faute¹⁰¹ alors que sur une personne malade il ne fera l'objet que d'une présomption de faute¹⁰², il pourra donc, dans le second, se dégager de sa responsabilité en démontrant qu'il n'a pas commis de faute cas mais pas dans le premier. Cette différence de traitement montre bien qu'il y a autant pour les malades que pour le promoteur une attente de bénéfices à l'issue de l'expérimentation, alors que pour une expérimentation sur personnes saines, seul le promoteur est en attente de bénéfice sérieux au terme de l'expérimentation.

La disponibilité du corps humain se monnaie en fonction des intérêts des protagonistes et la personne saine n'est pas exempte de ces convoitises. Au contraire, dans la mesure où elle est un support sain, le seul problème réside dans le fait que les interventions au cours desquelles il est possible de récupérer de la matière première sont beaucoup plus encadrées et moins fréquentes. C'est pourtant dans ce cas de figure que les paramètres de la vénalité vont être les plus clairs et les plus déterminants.

¹⁰¹ CSP, art. L. 1121-7 al.1 « Pour les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droits, sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche. »

¹⁰² CSP, art. L. 1121-7 al.2 « Pour les recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct, le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droits, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute, ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche. »

2 – La personne saine

La personne saine peu intervenir dans le processus de la patrimonialité des éléments du corps humain à divers titres. Il est, d'une part, acteur sensible lorsqu'un de ses proches, malade, peut avoir besoin de ses ressources ; mais il peut être attiré, d'autre part, par le bénéfice pécuniaire que tend à lui procurer certaines phases du processus expérimental.

a - les dons dans l'intérêt des tiers.

Il est médicalement reconnu que les greffes effectuées à partir de donneurs vivants donnaient de meilleurs résultats que celles provenant de donneurs vivants. Les organes issus de support vivants offrent un taux de survie, un an après l'opération, largement supérieur à celui obtenu avec un organe de donneur décédé. Cependant, pour limiter le recours systématique aux donneurs vivants le législateur a fermement encadré les possibilités de dons entre vifs en les réservant à certaines catégories de donneurs. Cela dit, avec l'évolution des mentalités, il apparaît que la caste des donneurs telle qu'elle est définie actuellement ne rend pas compte de la majorité des situations réelles.

Face à la pénurie de certains éléments du corps humain et à l'impossibilité de s'en voir délivrer un en temps utile, le législateur a aménagé la possibilité pour les personnes issues d'une même famille de céder un organe au proche malade. La caste de donneur visée par les textes est très sélective, l'article L. 1231-1 du CSP vise les receveurs et précise qu'ils doivent « avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur (...). En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint ». Seulement, le droit n'a pas pris acte de l'évolution des situations de famille, notamment la jurisprudence refuse de voir le concubin, et a fortiori le pacsé, comme un conjoint au sens juridique du terme. L'extension de cette caste à « des personnes ayant un lien étroit et stable » mérite de palier cette carence mais encourage aussi certains excès, notamment la remise en cause des « principes de libre consentement et de non-commercialité du corps »¹⁰³.

b - la recherche biomédicale sans bénéfice individuel direct.

Dans ce type de recherche, le promoteur de l'expérimentation fait appel à des cobayes pour les besoins de la science. L'article L. 1121-8 du CSP dispose que « la recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour la personne qui s'y prête

¹⁰³ Discours de J.F. Mattéi, Ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, *Projet de Loi Bioéthique devant l'Assemblée Nationale*, 9 décembre 2003.

hormis le remboursement des frais exposés et sous réserve des dispositions particulières prévues par l'article L. 1124-2 relatif aux recherches sans bénéfice individuel direct ». L'article L. 1124-2 du CSP prévoit que « (...) le promoteur peut verser aux personnes qui s'y prêtent une indemnité en compensation des contraintes subies. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé ». Le montant total des indemnités a été fixé par l'arrêté du 13 décembre 2001¹⁰⁴ à 3800 Euro pour une période de douze mois consécutifs.

En outre, l'article L. 1124-4 du CSP précise que « nul ne peut se livrer simultanément à plusieurs recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct ».

Doit-on voir dans ces dispositions une volonté de se prémunir contre toute tentative de la part des cobayes de faire de la recherche un moyen de revenu et détourner les limites fixées précédemment ? La recherche répond à une obligation légale, elle est un préalable indispensable avant la mise sur le marché d'un produit ou l'exploitation d'une nouvelle technique. La motivation principale de l'article L. 1124-4 du CSP se conçoit davantage comme une période d'exclusivité du cobaye afin de mesurer l'efficacité de la recherche en cours. Il s'agit plus de limiter les interactions entre diverses recherches que de se prémunir contre les abus des cobayes en vue de se procurer des revenus non imposables.

Les promoteurs auront toujours recours à la recherche biomédicale et les cobayes seront toujours davantage attirés par les apports financiers qu'elle procure que par les avancées de la science. Il s'agit donc d'une forme de prostitution du corps puisque l'on ne peut nier le caractère attractif, voire déterminant, de la rémunération associée à cet asservissement et partant, de ses effets sur le consentement de la personne en quête de ressources financières "faciles".

La patrimonialité du corps et de ses éléments est une réalité insérée dans les textes de droit positif, elle fait l'objet de dispositions spéciales, dérogations aux principes qui guident notre conception de l'éthique biomédicale. De cette manière le corps, en ses composantes élémentaires et dissociées, rejoint progressivement le droit commun des choses et inversement, les choses intégrées au corps, destinées à en remplacer un élément défaillant, rattrapent graduellement le régime des personnes.

¹⁰⁴ J.O. n° 296, p 20313.

Section II – LES PERSONNES PAR FICTION JURIDIQUE

Les progrès technologiques offrent désormais de meilleures possibilités de recours à un matériel pour venir combler une défaillance du corps humain. Ainsi, le perfectionnement sans cesse croissant des appareillages et des prothèses porte sur le caractère discret et confortable de l'instrument pour la personne qui en sera le futur support. La recherche d'un lien de plus en plus intime avec la personne, balayant les désagréments liés à la fixation d'un élément étranger, est l'objectif premier des concepteurs dans la mesure où ces matériaux biologiques et biotechnologiques de substitution sont destinés à remplacer une fonction défaillante de l'organisme. Qu'ils soient essentiels ou non à la survie de l'individu, pour la plupart d'entre eux, ces instruments revêtent une importance particulière car ils ne sont plus seulement voués à conditionner la seule qualité de vie des sujets sur lesquels ils seront fixés mais la vie même de ces individus.

Ainsi, on peut dire que les personnes entretiennent avec leur prothèse¹⁰⁵ un rapport tel que toute atteinte à celle-ci est véritablement subie comme une atteinte à la personne elle-même. Mais, pour la protection de ces atteintes le droit distingue selon qu'il s'agit d'appareillage¹⁰⁶ médical, pris comme tout appareil assurant le traitement ou l'amélioration de l'état de santé, ou de prothèse. Or, cette dernière catégorie est divisée selon qu'elles sont externes ou internes¹⁰⁷.

C'est afin de pallier les inadaptations du droit à la réalité du rapport entre les instruments et la personne qu'a émergé la théorie de la personne par destination¹⁰⁸, théorie doctrinale fondée sur la théorie de l'accessoire. Cette théorie doctrinale vise à voir dans l'instrument que l'on substitue à un élément du corps, une composante à part entière de la personne. Elle repose sur le fait que quel que soit le type d'instrument envisagé, toute atteinte à ces éléments est ressentie comme une atteinte à la personne du fait du lien intime qui s'est créé entre l'élément considéré et la personne - lien qui s'inscrit dans un rapport de fonctionnalité et de dépendance évident.

¹⁰⁵ Larousse encyclopédique illustré, 1997, prothèse : « 1- Technique ayant pour objet le remplacement partiel ou total d'un organe ou d'un membre. 2- Pièce ou appareil de remplacement de l'organe, du membre. »

¹⁰⁶ Ibid., appareillage : « ensemble d'appareils et d'accessoires. »

¹⁰⁷ PICK (M.), « *La prothèse et le droit* », Les Petites Affiches, 7 octobre 1996, n° 121, pp 8-13.

¹⁰⁸ Ibid. ; LABBEE (P.), « *L'articulation du droit des personnes et du droit des choses* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 30-33.

Néanmoins, la jurisprudence reste prudente et n'opère le glissement de ces objets de la qualité de chose vers la qualité de personne par destination qu'eu égard au degré d'incorporation de la chose à la personne. Ceci résulte notamment des avantages que procure une telle fiction.

La conséquence juridique de l'obtention de cette qualification est l'acquisition progressive par la prothèse du régime presque intégral de la personne. Cependant, on peut noter que le régime juridique de la prothèse jusqu'à son affectation à la personne est celui des choses. Elle est donc cessible, saisissable, prescriptible et transmissible à la différence évidente de la personne, et son caractère vénal est affirmé (B). Toutefois, une fois intégrée ou affectée à la personne leurs caractéristiques se modifient, sans pour autant épouser totalement le régime des personnes (A).

A – UNE PROTECTION CROISSANTE PAR LE REGIME JURIDIQUE DES PERSONNES

Par application de la théorie de l'accessoire il est possible d'étendre au bien accessoire la condition juridique du support. En l'occurrence, il s'agit d'attribuer à certains accessoires de la personne la condition juridique de la personne. Cependant, dans ce cas de figure, le passage de l'un à l'autre ne s'opère pas au sein d'une même catégorie juridique, les biens, mais tend à faire passer un bien dans la catégorie juridique des personnes. Cette novation de qualité juridique est déjà obtenue lorsque l'on désolidarise un élément du corps humain de son support, l'exemple de l'affaire de la main volée est évocateur. Pourquoi ne serait-il pas possible d'en faire de même pour les instruments qui prolongeraient ou intégreraient la personne ?

Les textes légaux opèrent une distinction entre appareillages médicaux et prothèses puis au sein des prothèses, les prothèses internes et externes Or, le rapport d'extranéité n'est pas révélateur de la dépendance réelle de la personne à l'égard de sa prothèse ou de son appareillage médical. Ainsi, l'adéquation du droit porte sur la répartition de ces divers matériaux entre deux catégories : les personnes par destination (1) et les personnes par nature (2).

1 –Les appareillages médicaux, disqualification de personne par destination.

Sont définis comme des appareillages médicaux tout appareil assurant le traitement ou l'amélioration de l'état de santé d'un individu. L'appareillage n'a, à l'égard de la personne qui en

dépend, « qu'une fonction d'aide et d'assistance »¹⁰⁹ ce qui justifie qu'on ne rentre pas dans un système trop protecteur dans la mesure où ils sont majoritairement des choses de genre, facilement substituables et qui ne sont pas indispensables pour la personne à laquelle elles sont affectées. Ainsi, sont jugés ne pas entrer dans cette catégorie les fauteuils roulants et les prothèses de membres amputés, qui sont assimilés à des prothèses externes, mais sont concernés les appareils dentaires, les atèles et les broches nécessaires à la cicatrisation des fractures osseuses.

Ces objets restent dans la catégorie des biens dans la mesure où ils sont cessibles, saisissables, prescriptibles et transmissibles, en revanche, les prothèses connaissent des atténuations à certaines de ces caractéristiques propres aux choses qui les rendent plus proches du régime des personnes.

2 - Les prothèses, personne par destination et personne par nature.

Seules les prothèses internes ont été définies, l'arrêté¹¹⁰ entend par prothèse interne « tout article ou appareil conçu pour prendre place pour tout ou partie dans l'organisme humain, pour assumer en partie la fonction d'un organe ou remédier à des atteintes à l'intégrité corporelle ou du moins pour les palier ». Il apparaît alors que le lien intrinsèque ou extrinsèque qui s'est formé entre l'individu et sa prothèse soit le seul de nature à arbitrer entre l'application de l'une des deux fictions de personne par destination ou de personne par nature.

a – les prothèses amovibles, personnes par destination

En droit des biens, la théorie de l'immobilisation par destination implique que le bien meuble devient immeuble par le rapport d'affectation qui s'établit logiquement entre les deux. Le matériau qui est placé au service de la personne humaine, nécessaire à cette personne pour agir en tant que telle, devient partie intégrante de celle-ci. Ainsi, l'affectation du bien meuble doit être utile et indispensable à l'exploitation du support et durable. Le bien meuble demeure individualisable de l'immeuble donc conserve certaines caractéristiques autonomes comme la cessibilité.

Qu'il s'agisse de dentiers ou de prothèses auditives le rapprochement est rapidement effectué dans la mesure où ces prothèses matérielles sont destinées à remplacer une fonction sensitive nécessaire dans le rapport de la personne à son environnement. De plus, ces types de

¹⁰⁹ PICK (M.), « *La prothèse et le droit* », Les Petites Affiches, 7 octobre 1996, n° 121, p. 8.

¹¹⁰ Arrêté du 28 août 1992, J.O. du 27 septembre 1992, p. 13452.

prothèses sont remboursés par la Sécurité Sociale à ce titre même¹¹¹. Toutefois, pour le reste des fonctions sensibles comme la vision et tout particulièrement le recours aux chiens guides d'aveugles, les textes ne prévoient pas encore de remboursements au titre des prothèses alors que ces derniers sont un prolongement visuel indispensable à leur maître et sont acceptés dans les lieux publics interdits aux animaux du fait de ce lien entre la personne malvoyante et son chien. Cette dissension entre la réalité et les textes a poussé certaines juridictions à qualifier le chien d'aveugle de prothèse visuelle¹¹².

La conséquence de la qualification des prothèses de personne par destination est de leur conférer un régime transitoire entre le droit des biens et des personnes car il peut être porté atteinte à celle-ci indépendamment de la personne, il s'agira plus d'une atteinte à la personne par ricochet. Les prothèses amovibles sont cessibles, transmissibles mais insaisissables - sauf exceptions expresses¹¹³ - et imprescriptibles, ce qui n'est pas vrai dans le cas de la prothèse implantée.

b – les prothèses implantées, personnes par nature

Les prothèses intégrées entretiennent avec la personne un lien tel qu'elles ne peuvent être retirées sans porter atteinte à la personne. La fonctionnalité remplie par la prothèse, telle qu'un cœur ou des veines artificiels, est indispensable à la personne et indissociable de celle-ci sans commettre un préjudice d'une particulière gravité. Cette particularité a pour effet de les identifier totalement à la personne, elles sont donc incessibles, imprescriptibles, insaisissables¹¹⁴ et intransmissibles au même titre que le sujet de droit qui en est le support.

Désormais, les prothèses sont de plus en plus sophistiquées et on peut y inclure toutes les formes de greffes de matériel vivant. Pourront alors constituer un prolongement de cette catégorie de personne par nature les produits de thérapies géniques, les greffes autologues ou allogéniques d'organes, tissus et cellules humains ainsi que les xénotransplantations ; Certains pensent même ajouter à cette liste l'enfant in utero¹¹⁵.

¹¹¹ Code de la Sécurité Sociale, Section II - Dispositions complémentaires relatives à certains appareils de prothèses et d'orthèses : néant, ces éléments sont donc régis par la Section I – dispositions générales relatives aux fournitures et appareils pris en charge au titre des prestations sanitaires, art. L. 165-1 à L. 165-7.

¹¹² TGI Lille, décision du 17 juin 1999.

¹¹³ NCPC, Art. 592-2 « les objets nécessaires aux handicapés sont insaisissables sauf par le vendeur et le fabricant ».

¹¹⁴ Voir supra n° 63, Cass. civ. 1^{re}, 11 décembre 1985, bull. civ. I, n° 348, p. 313, Gaz. Pal. 1986, « l'article 592-2 ne concerne pas les objets qui font partie intégrante de la personne humaine ».

¹¹⁵ LABBEE (P.), « *L'articulation du droit des personnes et du droit des choses* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 30-33.

Pour autant que ces deux théories satisfassent à la réalité médicale, une décision de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 11 décembre 1985 quel que soit le type de prothèse envisagé, intégrée ou amovible, la prothèse fait partie intégrante de la personne sans qu'il soit exigé qu'elle soit intégrée. Ainsi, la distinction est factice et les régimes de protection juridique mettant en cause les différentes formes de prothèses convergent vers une même logique : ils ressortent tous de l'atteinte à la personne. D'où l'application à la personne de la simple théorie de l'accessoire qui permet à la prothèse, amovible ou intégrée, de par son affectation au service d'une personne - sujet de droit – de devenir par elle-même une part indissociable de cette même personne et requiert la même protection que celle accordée à la personne.

Cette solution, qui ne reflète pas la réalité matérielle, a le mérite de montrer la position que sont prêtes à suivre les juridictions à défaut de pouvoir en obtenir de même de la part des décideurs.

B – UN CARACTERE PATRIMONIAL INDENIABLE

Les prothèses matérielles, avant leur affectation temporaire ou définitive à la personne, sont des choses régies par le régime juridique des biens. Pourtant, il est de la nature même de ces choses de devenir un élément à part entière de la personne. Ces choses possèdent le caractère de "personne future", elles intègrent la catégorie des personnes par destination ou des personnes par nature dès le stade de leur conception et sont mises sur le marché à cet effet.

Ces choses sont placées dans le commerce.

Avant tout, elles sont proposées à la personne en vue de constituer une forme de réparation en nature de leur dommage corporel et, dans la mesure où elles sont susceptibles de limiter une incapacité de travail, elles représentent l'assurance, pour la plupart des personnes appareillées, d'un retour parmi les actifs en améliorant l'accessibilité ou l'obtention d'un emploi.

Ensuite, de leur fabrication à leur commercialisation elles doivent répondre aux règles communes aux biens et être conformes¹¹⁶ aux prescriptions légales et réglementaires, être

¹¹⁶ CSP, Art. L. 5211-3

exemptes de vices¹¹⁷ et faire l'objet d'un contrôle de qualité¹¹⁸ et d'un suivi¹¹⁹ dans le cadre de la mise en œuvre de la matériovigilance. Aussi, la loi instaure un système de responsabilité plus stricte à l'égard des produits de santé à base d'éléments du corps humain puisqu'elle admet une responsabilité sans faute. De la même manière, ces éléments sont placés sur le marché au titre des produits de santé et sont soumis à traçabilité de leur lieu de prélèvement à leur lieu de dernière destination, jusqu'à destruction.

Par la suite, ces éléments font l'objet d'un contrat entre le fournisseur et le praticien, avant de faire l'objet d'un contrat entre le patient et le praticien. Le patient, en tant que consommateur final, dispose à l'égard du fabricant et du fournisseur, le praticien, d'une garantie contre les vices cachés lui permettant de poursuivre solidairement le fabricant et le distributeur final - le praticien – de façon solidaire.

Ces produits font, en outre, l'objet d'une mise en concurrence dans le cadre de la communauté européenne. A cet égard, les dispositions du Code Général des Douanes « [soumettent] au taux réduit les opérations d'achat, d'importation, d'acquisition intracommunautaire, de vente, de livraison, de courtage ou de façon portant sur les produits suivants : 1) les appareillages pour handicapés visés aux chapitres 1^{er}, 3 à 7 du titre II du tarif interministériel des prestations sanitaires (TIPS), ainsi qu'aux titres III et IV de ce même tarif ; 2) Les équipements spéciaux, dénommés aides techniques, dont la liste se trouve à l'annexe 30-0 B de l'annexe IV au CGI ; (...). Le taux réduit est de 5.5 % en France métropolitaine et de 2.10 % dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion »¹²⁰.

Les appareillages visés au titre II sont 'les orthèses et les prothèses externes'. Cet article précise préalablement « qu'une prothèse est une pièce ou un appareil qui remplace un organe ou un membre en totalité ou en partie, en reproduisant ses formes et en remplissant si possible les mêmes fonctions ; une orthèse est une pièce ou un appareil destiné à prévenir ou à corriger les déformations ou à suppléer les défaillances du membre ou de l'organe en cause ».

Le titre III appréhende les 'Dispositifs médicaux implantables – Implants – Greffons tissulaires' c'est-à-dire « les prothèses internes inertes et les prothèses internes actives ».

¹¹⁷ C.Civ., Art. 1386 et s. qui visent les produits dans le commerce distribués par des professionnels.

¹¹⁸ CSP, Art. L. 5212-1.

¹¹⁹ CSP, Art. L. 5212-2.

¹²⁰ Bulletin Officiel des douanes, BOD n° 6586 du 7 octobre 2003, texte n° 03-059 Taux de TVA applicables à certains appareillages et équipements spéciaux pour handicapés, article 278 quinquies du CGI et articles 30-0 B et 30-0 C de l'annexe IV du CGI.

Les appareillages qui font l'objet du titre IV sont 'les véhicules pour handicapés physiques' et prennent en compte « essentiellement des fauteuils roulants à propulsion manuelle ou électrique ».

Enfin, ces dispositions démontrent que le régime des dispositifs médicaux est intégralement transposable à tous les éléments du corps humain destinés à être greffés, et non seulement à certains d'entre eux qui seraient volontairement produits à cette fin par voie de synthèse ex vivo.

Pour autant, le droit ne reconnaît pas la catégorie de 'personne future' ou de 'personne potentielle' - dont pourrait aussi se prévaloir les embryons – alors que l'évolution du régime de la prothèse vers celui de la personne, une fois son affectation sûre, tend à démontrer le contraire.

La mobilisation par anticipation des éléments du corps humain a pour effet de placer ces éléments sur la scène juridique en tant que choses certaines. Pourvoyeurs de vie, mais aussi de risques sanitaires, ils se trouvent rangés parmi les catégories juridiques de produits de santé, déchets opératoires, matériaux de recherches ou encore médicaments. Certains de ces éléments vont donc acquérir une valeur patrimoniale qui leur est éthiquement niée au moment de la collecte.

Pour autant, les règles relatives au consentement desservent les principes énumérés par les articles 16 et suivants du Code Civil, tels que l'anonymat ou l'absence de bénéfice, ce qui place de facto l'élément considéré sur le marché en tant que produit de substitution d'un élément défaillant du corps humain disponible, donc personne par nature en devenir, dont la valeur est inestimable pour les personnes en attente de greffes. Face à la pénurie d'organes enregistrée, les inflexions aux principes éthiques se creusent dans les projets de modifications législatives, prenant acte des phénomènes sociaux dominants tels que la réalité des marchés de matières humaines tant dans le domaine des activités médicales qu'industrielles. En effet, la pénurie pousse l'industrie biomédicale à rechercher des méthodes alternatives, matériaux qui ont un prix dans lequel est répercuté le coût de cette recherche.

Le glissement d'un commerce juridique vers un marché économique a déjà été entamé ouvertement pour certains éléments du corps humain tels que les squelettes, les momies, les éléments conservés dans du formol et identifiables. Les nouvelles applications de certains

éléments, notamment dans l'industrie pharmaceutique ou biomédicale, réactualisent le phénomène - sans compter le marché des prothèses, protéger par le droit des personnes – en poussant les éléments du corps humain dans le sens d'un commerce économique, régulé par les lois du marché, et indépendamment des modes d'approvisionnement solidaires, les fins réservées à l'élément en cause n'étant pas les mêmes. Ce phénomène de "marchandising" croissant des éléments du corps humain est la résultante des interventions cumulées des lobbies scientifiques et industriels, des réseaux occultes et des demandes privées, phénomène le plus souvent encouragé tant par la structure des systèmes de santé et les politiques de santé publiques que par la mondialisation, prônant le décloisonnement des sociétés. Ce décloisonnement provoque volontairement un affranchissement des acteurs de leurs systèmes de valeurs pour les rendre perméables aux besoins et aux valeurs des systèmes pénétrés, perméabilité assurée par le dénominateur commun à chacune : le commerce.

DEUXIEME PARTIE

LES CAUSES DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.

"S'il n'y a pas d'étalon plus élevé que l'idéal de notre société, nous sommes parfaitement incapables de prendre devant lui le recul nécessaire au jugement critique."

L. Strauss¹²¹

¹²¹ Strauss L., Droit naturel et histoire, Flammarion, 1986.

Les lobbies scientifiques et pharmaceutiques face aux lois nationales, la mondialisation des comportements des patients et des chercheurs jouent un rôle de catalyseur ¹²² dans la progression croissante de la vénalité des éléments du corps humain. Le décloisonnement qui en résulte pour une société disposant d'une artillerie de principes éthiques entraîne des conséquences notables. Cette sensibilisation aux divers intérêts engendre un assouplissement des traditionnelles réticences françaises face à des législations européennes plus libérales, assouplissement davantage conditionné par les choix de l'Union Européenne en matière de recherches biomédicales.

Ainsi, les enjeux économiques de l'industrie pharmaceutique, le développement des biopôles¹²³ et de la recherche sur le vivant, commandent une atténuation des valeurs éthiques mises en avant pour la sauvegarde de la dignité humaine au profit du développement d'un pôle biomédical et pharmaceutique fort, capable de se faire une place dans la sphère internationale à côté des firmes dominant le marché.

Malgré l'infléchissement constaté, un consensus européen se met en place pour l'adoption de principe conducteurs devant limiter la disponibilité accommodée des éléments du corps humain pour les besoins de la science. L'évolution des dispositions n'est cependant pas à la mesure de celle des comportements. L'affirmation de la liberté contractuelle du patient et sa prééminence dans le rapport médical fait de lui un pivot de la dérive vers une vénalité affirmée des éléments du corps humain. Cette aspiration est favorisée par le profil politique des systèmes de santé.

Ainsi, l'ampleur de la place prise par la vénalité du corps humain dans les rapports médicaux procède aussi bien de causes structurelles (Chapitre I) que de causes conjoncturelles (Chapitre II).

¹²² MATHIEU (B.), « *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 387-401 ; BYK (C.), « *Progrès techniques et droits de l'homme : la rupture ?* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 363-386.

¹²³ Cf. Rapport n° 20 (1999-2000) du sénateur (F.) SERUSCLAT, *GÉNOMIQUE ET INFORMATIQUE : L'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, 13 octobre 1999.

Chapitre I – LES CAUSES STRUCTURELLES DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.

Les causes structurelles de la vénalité des éléments du corps humain reposent sur le couplage de deux phénomènes dont la dynamique obéit à des lois contradictoires. Dans un premier temps les systèmes de santé sont structurés de telle sorte qu'ils ne peuvent pas répondre aux attentes qu'ils suscitent, de cette manière la loi de l'offre et de la demande appliquée aux systèmes de santé déclenchent des insatisfactions ayant un rôle perturbateur dans la régulation du système. Dans un second temps, et pour mieux apaiser ces insatisfactions, le système de santé doit encourager la recherche scientifique qui, elle, nécessite des investissements économiques et des moyens matériels allant en contradiction totale avec les valeurs que le système de santé tente de défendre.

Face à cette situation, les politiques de santé doivent évoluer en phase avec les besoins auxquels elles souhaitent répondre. D'un point de vue éthique cela suppose une atténuation des principes qui prédominent à certaines activités de soins et de recherches, voie dans laquelle les réformes du système de santé français se sont peu à peu glissées. D'un point de vue politique cela réclame de la part des institutions une prise de position et surtout de responsabilité à l'égard des choix effectués, ce que la Communauté européenne développe dans sa stratégie progressive de santé de manière harmonisée à l'aide de ses programmes d'actions communautaires. Cependant, cette cohésion communautaire est à double tranchant car si elle permet aux Etats membres de déployer de concert des moyens de santé et d'harmoniser les politiques de santé, elle permet en outre de rejeter la responsabilité de leur prise de position sur la Communauté, notamment quant à la tolérance dont fait preuve la communauté en matière de recherche biomédicale.

Dès lors, la structure sanitaire des systèmes de santé a des incidences incontestables sur la vénalité des éléments du corps humain (Section I), mais cette dernière est davantage remarquée au travers de l'organisation de la disponibilité des ressources (Section II) au sein de ces structures et entre les systèmes.

Section I – LES INCIDENCES DE LA STRUCTURE SANITAIRE SUR LA VÉNALITÉ DES ÉLÉMENTS DU CORPS HUMAIN.

Les politiques de santé adoptées chaque année prévoient les moyens mis à disposition des services de santé. Ces moyens sont systématiquement réévalués en fonction d'une balance avantage/inconvénient pour le patient, en terme de satisfaction des besoins de santé et de sécurité, et pour l'Etat, en terme économique.

Les systèmes de santé fixent les plafonds de leurs moyens d'actions par rapport à leurs moyens budgétaires, cela se répercute nécessairement sur les disponibilités des ressources car elles conditionnent tant l'accès aux soins que l'accès aux ressources et imposent en outre aux praticiens des objectifs de dépenses de santé.

Dans le système de santé français, les lois de finances de la sécurité sociale (LFSS) définissent chaque année les moyens budgétaires alloués à la santé. Les moyens matériels sont définis par la suite en fonction des objectifs de dépenses de santé arrêtés. L'ajustement des moyens matériels (2) sur les capacités financières est fondamentalement une question de priorité politique et s'accommodent peu des flexibilités indispensables pour adapter le domaine de la santé à la réalité des besoins.

A – LA DÉTERMINATION DES MOYENS BUDGETAIRES DE LA SANTÉ.

La LFSS fixe chaque année l'objectif national de dépenses de l'assurance maladie (ONDAM) qui permettra de déterminer le montant annuel des dépenses hospitalières des établissements publics ou privés financés par dotation globale. Or, « ces dotations ont un caractère limitatif et constituent un plafond »¹²⁴. A côté de celles-ci, une part non négligeable des dépenses de santé est effectuée dans le cadre de la sécurité sanitaire, et qui se propage dans toutes les sphères d'activités concernées.

1 – l'évaluation financière des besoins de santé

A partir de l'enveloppe définie, les directeurs des Agences Régionales d'Hospitalisation (ARH) répartissent les ressources entre les établissements de santé qui leur ont préalablement

¹²⁴ PELLET (R.), *Les lois de financement de la sécurité sociale*, Juris-Classeur fasc. 204, 1^{er} mars 2001.

présenté l'état de leurs besoins. De cette dotation va dépendre la composition des plateaux techniques disponibles dans chaque région, à charge pour les directeurs des ARH de limiter les inégalités de ressources en fonctions des régions et des établissements.

L'évaluation du plateau technique disponible résulte de l'élaboration d'une balance coût/bénéfice de laquelle on fait ressortir un ordre de priorité entre les anciens moyens que l'on souhaite reconduire ou rénover, et auxquels on adjoint éventuellement de nouvelles techniques. La participation possible des structures privées à la gestion du service public de la santé favorise une plus grande flexibilité. Cette flexibilité se traduit par la mise en commun des moyens entre ces structures, ce qui assure une meilleure rentabilisation des matériels en encourageant un amortissement plus rapide des investissements portant sur des structures coûteuses et permet donc d'orienter les dépenses de soins sur un panier technique plus diversifié grâce à la réalisation d'économie d'échelle.

Cependant, dans cette balance d'intérêts, la condition du patient, et non le patient lui-même apparaît comme l'étalon dans l'estimation effectuée. En établissant la composition du plateau technique et son éventuelle modification, l'Etat – au travers de ses représentants locaux - analyse en terme économique la rentabilisation prévisionnelle de ceux-ci à partir du nombre de personnes concernées et des années d'amortissement nécessaires, ainsi il accorde officiellement à chaque groupe de patients concernés par les techniques disponibles un ordre de priorité en fonction du budget qu'il affecte à la santé ; l'objectif à atteindre étant la réduction des dépenses de santé sur le long terme.

En effet, pour la mise en place des systèmes de soins nationaux, les politiques font appel à une technique d'évaluation, un indicateur développé par un économiste anglais servant d'«aide à la décision»¹²⁵, afin d'opposer l'efficacité respective des thérapeutiques proposées aux patients et qui permet aussi de faire la balance coût-avantages entre ces différentes techniques de soins. Cet indicateur synthétique d'efficacité s'appelle le Qaly (quality adjusted life year) »¹²⁶. Cet indicateur est conçu comme un « équivalent d'années de vie en bonne santé comprenant une dimension qualité, mesurée par un indice compris entre 0 (la mort) et 1 (une vie normale) ; une dimension longévité (l'espérance de survie) »¹²⁷. L'analyse comparative empruntée à Béatrice Majnoni

¹²⁵ Majnoni d'Intignano Béatrice, Santé et économie en Europe, Que sais-je, PUF, 2001, p 40.

Majnoni d'Intignano Béatrice, Economie de la santé, PUF, 2001, pp 182-183.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

d'Intignano¹²⁸ porte sur deux espérances de vie hypothétiques, pour une même personne placée sous dialyse ou bénéficiant d'une transplantation, afin de déterminer qu'elle thérapeutique procure la meilleure qualité de survie. Ainsi, elle note que pour une espérance de vie de dix années avec une qualité de survie de 0,4 pour la dialyse, cette dernière procure 4 Qalys alors que la transplantation, en offrant une qualité de survie de 0,9, permet d'atteindre 9 Qalys. Maintenant, si l'espérance de vie est rallongée à quinze années pour la dialyse, cette dernière atteindra 6 Qalys tandis que la transplantation, toujours basée sur dix années, en offrira toujours 9. Ainsi, une large part de la demande de transplantation s'explique, même si l'espérance de réussite de cette thérapeutique est moindre, et jamais certaine, car en procurant une bien meilleure qualité de vie, elle emporte vite l'adhésion. En effet, les patients transplantés retrouvent leur entière autonomie après le succès de l'opération.

Ainsi, le système adopte les mêmes principes d'éviction au sein d'une même technique médicale, généralement pour les thérapeutiques lourdes et coûteuses telles que les transplantations, en établissant un ordre au sein du groupe de malades concerné, ordre établi à partir d'une échelle de valeur particulière - la valeur de la vie - et basée aussi sur « la capacité de production potentielle » de ces groupes¹²⁹. Donc, si un investissement sur équipement lourd est réalisé pour des catégories de malades et son accès organisé au sein de ce groupe, le choix se portera de préférence pour les personnes offrant les meilleures chances de survie, avec retour rapide de la personne en tant qu'acteur économique dans la vie active, et donc retour d'investissement pour l'Etat. Cette reconnaissance implicite d'une valeur de la vie entraîne la mise en place de caractéristiques préférentielles pour l'accès aux ressources, tout en conservant une égalité dans l'accès aux soins. Ces caractéristiques sont déterminantes dans l'acquisition par chaque individu et, par ricochet, par chaque élément du corps humain, d'une valeur effective et indépendante dans le marché de la santé.

Cette affirmation connaît néanmoins un prolongement plus explicite en matière de sécurité sanitaire, notamment au travers de la réglementation relative à la sécurité des produits de santé.

2 – le coût supplémentaire de la sécurité sanitaire

¹²⁸ Professeur des Universités à Paris XII - Val de Marne, Membre du Conseil d'analyse économique auprès du Premier ministre, Consultant de l'OMS.

¹²⁹ MAJNONI D'INTIGNANO (B.), *Economie de la santé*, PUF, Paris, 2001, pp. 269-272.

Les structures de sécurité sanitaire ont largement été remaniées depuis l'épisode malheureux de l'affaire du sang contaminé. Désormais les actions de santé se fondent sur le principe de précaution lorsqu'il s'agit de risques sanitaires liés à l'apparition d'épidémies transmissibles à l'homme telle que l'ESB. Mais, les coûts de cette précaution sont-ils justifiés ? Certains tendraient à affirmer que ces dépenses sont pour partie inutiles et se basent sur une étude de l'affaire du sang contaminé¹³⁰, dont le schéma serait valablement transposable à d'autres épidémies. En matière de santé publique, le principe de précaution s'applique tant aux éléments du corps humain ayant une vocation thérapeutique (a) qu'aux matériaux ayant vocation à remplacer un élément biologique du corps humain (b).

a - L'application du principe de précaution aux éléments du corps humain

Elle résulte des dispositions de l'article L. 1211-1 du CSP qui prévoit que « la cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II de titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre. Parmi ces produits, les produits biologiques à effet thérapeutique incluent les organes, les tissus et les cellules modifiées à des fins thérapeutiques. Afin d'assurer la sécurité sanitaire, leur utilisation est subordonnée à des mesures spécifiques visant à l'évaluation des risques connus et de leurs effets ainsi qu'à l'identification des risques émergents et hypothétiques. La thérapie cellulaire concerne les produits biologiques à effets thérapeutiques issus de préparation de cellules vivantes humaines ou animales ».

La particularité de la précaution est de se préserver contre un risque purement plausible, basé sur des hypothèses scientifiques non prouvées. Face à l'inconnu, l'inaction des autorités publiques informées de la réalisation éventuelle d'un risque potentiel fait peser sur elles une lourde responsabilité, d'autant que les dommages ne pourront être sinon évités, au moins limités. Le principe de précaution se lit donc comme un principe d'action à la charge des autorités publiques et des producteurs de risques qui consiste en une obligation de faire et qui sanctionne l'abstention.

Les institutions chargées de la mise en œuvre de la précaution se fondent sur la recherche scientifique pour déterminer le panel de risques plausibles que le développement d'une activité donnée est susceptible de provoquer. Or cette obligation se décompose en deux branches : l'une

¹³⁰ SETBON (M.), *Le cas du sang contaminé confronté au principe de précaution*, in KOURILSKY (P.), VINEY (G.), *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, 29 novembre 1999, Annexe 4, pp. 387-402.

concerne la détermination des seuils de risques acceptables ; l'autre impose de mettre en œuvre un mécanisme de suivi et de contrôle de l'activité encadrée afin, d'une part, de vérifier les hypothèses de risques initialement émises et, d'autre part, de déceler les éventuels nouveaux risques dont les connaissances scientifiques initiales ne permettaient pas de postuler l'existence. C'est sur ce modèle de précaution que le système de prévention sanitaire français s'est redéployé. Aujourd'hui, le système de prévention met aussi en œuvre des mécanismes de veille et de vigilance qui font double emploi : d'une part, ils visent à prévenir la réalisation des risques connus, ce qui ressort du cadre de la prévention pure ; d'autre part, ils sont aussi assortis de dispositifs complémentaires de suivi des produits et techniques dont l'innocuité totale pour la santé humaine ne peut être préjugée, ce qui relève des risques inconnus donc de la précaution.

Les autorités publiques ont la responsabilité de concilier deux intérêts contradictoires dans le domaine médical : ne pas bloquer les évolutions technologiques bénéficiant à l'avancées des thérapeutiques tout en préservant la population des risques inhérents au développement de ces activités. Les autorités publiques ont le devoir de déterminer un seuil de risque acceptable, du fait même de l'existence d'un taux de risque incompressible, ainsi qu'une obligation de mener des recherches et d'effectuer un suivi des risques.

L'application du principe de précaution dans l'affaire du sang contaminé, a consisté à établir un lien de causalité entre HIV et transfusion sanguine sans que ne soient encore établies toutes les certitudes scientifiques de cette causalité. L'option des autorités publiques dans ce contexte d'incertitude est, soit de stopper les transfusions, soit d'adopter des mesures plus proportionnées de sélection des donneurs. Ainsi, le nombre de victimes qui aurait pu surgir d'un arrêt total des transfusions ne justifiait pas la mesure. Dès lors, c'est la décision de sélectionner les donneurs qui a prévalu. Seulement, la mesure des pouvoirs publics, prise sur le fondement du principe de précaution dans le but de réduire le taux de risques, s'est heurtée à l'incrédulité tant des transfuseurs que des patients, faute de fondement scientifique probant. Face au manque de certitudes scientifiques, son application n'a pas été suivie et les objectifs escomptés d'une telle mesure, c'est-à-dire réduire la propagation du virus, n'ont pu être atteints. Quoi qu'il en soit, même si la mesure avait été suivie scrupuleusement, comme les modes de propagation de la maladie n'étaient pas tous connus, pas plus que le nombre réel de porteurs sains du virus, ces zones d'ombres attestent bien de l'existence d'une part incompressible de contamination. Dès lors, une application stricte de la mesure de précaution aurait eu pour effet de limiter les nouveaux cas de contamination avec une efficacité de 80%.

Ainsi, l'application du principe a eu lieu eu égard aux risques que présentaient la xénotransplantation. Les craintes des autorités publiques se tournent vers deux sources de risques possibles, les PERV (Rétrovirus endogènes porcins) et les zoonoses (maladies animales transmissibles à l'homme). La xénotransplantation est encore à son stade expérimental, elle doit donc répondre aux impératifs de la recherche biomédicale sur l'homme, or autant l'article L. 1211-1 du CSP que l'article 6 du Code de Nuremberg sont applicables, ce dernier prévoit que «les risques encourus ne devront jamais excéder l'importance humanitaire du problème que doit résoudre l'expérience envisagée».

Du fait de l'incertitude entourant ces risques sanitaires potentiels, un Moratoire avait été demandé par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe en 1999 dans l'attente de l'adoption d'un texte sur ce sujet. Ce Moratoire avait été déposé sur le fondement du principe de précaution et limitait sa portée en admettant un tempérament pour «les personnes qui présentent un risque vital majeur»¹³¹. D'autres pays ont choisi de suivre ces recommandations, notamment la Norvège qui, par modification de sa législation sur les transplantations en 2001, a «interdit provisoirement (jusqu'en 2005) l'utilisation de cellules, de tissus ou d'organes d'origine animale génétiquement modifiés dans les thérapies humaines, de crainte que les maladies inconnues dues aux rétrovirus endogènes porcins (PERV) se révèlent transmissibles génétiquement»¹³². A ce jour, l'adoption de la recommandation (2003)10 sur la xénotransplantation¹³³ a débouché sur la levée du Moratoire du Conseil de l'Europe et la reprise des recherches.

Outre pour les matériels vivants destinés à la greffe sur l'homme, la précaution est aussi requise dans l'utilisation de matériels médicaux.

b – la précaution appliquée aux matériaux

Il incombe aux médecins de pouvoir attester de l'innocuité du matériel utilisé dans sa spécialité médicale - instruments chirurgicaux et autres équipements -, mais ils doivent aussi s'assurer de l'absence de vice des matériaux thérapeutiques tels que les prothèses, futures personnes par destination ou par nature.

¹³¹ BRUNSCHWIG (J.), Conseil de l'Europe, Regard éthique - Les transplantations, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1^{re} éd., 2003, p 221.

¹³² HAMBRO ALNAES (A.), Conseil de l'Europe, Regard éthique - Les transplantations, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1^{re} éd., 2003, p 137.

¹³³ Recommandation Rec(2003)10 sur la xénotransplantation, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 juin 2003.

Les établissements de santé sont responsables de l'innocuité de l'utilisation de matériels liés aux activités médicales qu'ils proposent. Les médecins libéraux sont soumis à la même obligation au sein de leur cabinet et des cliniques privées. Ainsi, en cas de défaillance d'un matériel même nécessaire à la bonne pratique d'une activité, la précaution devrait indiquer que l'on écarte ce matériel et que l'on oriente les patients vers les structures équivalentes ne présentant pas de dysfonctionnement.

Mais l'activité médicale implique parfois l'intégration d'un élément matériel pour pallier la défaillance du corps. Des éléments étrangers sont destinés à venir remplir les fonctions naturelles défaillantes sur deux modes, soit en tant que prothèses amovibles, soit en tant que prothèses intégrées. Or, le médecin prothésiste est garant en dernier lieu de la prothèse qu'il a commandée. Il sera, en tant que distributeur, responsable des défauts de confection des prothèses commandées mais il sera aussi chargé de faire remonter les effets indésirables liés à l'utilisation d'un matériau particulier dans la constitution d'une prothèse dans la mesure où celle-ci est destinée à une large diffusion et qu'elle peut entraîner des désagréments dans la vie - incompatibles avec les bénéfices escomptés. En effet, un rappel des prothèses en cas de risques supposés suite à l'évolution des connaissances serait possible sur le fondement du principe de précaution étayé par une disposition du Nouveau Code de Procédure civile, l'article 592-2, qui prévoit que les objets nécessaires aux handicapés sont insaisissables sauf par le vendeur et le fabriquant.

Cette forme de prise en compte des nouveaux risques ou des risques simplement probables va avoir des répercussions certaines sur la délimitation des moyens matériels, donc dans l'opportunité de diversifier les plateaux techniques sur le territoire.

B – LA DÉFINITION DES MOYENS MATÉRIELS DE LA SANTÉ.

Les phénomènes conjoints de la définition des moyens matériels et de la mise en œuvre de la sécurité sanitaire débouchent sur une raréfaction des éléments du corps humain susceptibles de rejoindre le stock des produits de santé, raréfaction qui engendre par ailleurs une prise de valeur de ces mêmes éléments sur le marché, comme en atteste les limites à l'application du principe de précaution.

La définition des moyens matériels est conditionnée par la dotation globale mais elle dépend aussi étroitement de l'état des techniques, dont la fiabilité est éprouvée au titre des réglementations en matière de sécurité sanitaire et dont l'intérêt est mesuré en fonction de l'existence de techniques de substitution (2). Cela dit, les moyens techniques mis à disposition sont étroitement dépendants des besoins de la population dont la mauvaise répartition géographique débouche sur la fuite de moyens de certaines zones au profit d'autres, aboutissant à une régionalisation des compétences pour certains actes (1).

1 – la répartition des compétences entre les régions

Le système de santé qui s'est développé selon ses propres ressorts jusqu'à l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996, mettant en place les LFSS, a permis l'apparition d'une spécialisation croissante des régions et des disparités dans l'accès aux soins et aux services. Depuis l'adoption des LFSS, la répartition de la dotation globale attribuée à chaque région est assurée par le directeur de l'ARH qui coordonne et équilibre l'accès aux soins et aux ressources, en considération de l'objectif de réduction progressive des inégalités de ressources¹³⁴.

Cela étant, la spécialisation des régions est une réalité qui évolue en fonction de l'attractivité de celles-ci. Une région attractive économiquement attire autant les activités et la population que les praticiens. Ainsi, les moyens ne sont pas exploités de la même façon d'une région à l'autre. Ceci implique que les régions peu attractives engendrent des inégalités d'accès aux soins du fait du sur-chargement des quelques praticiens présents, avec des périodes d'attente pour les soins courants trop longues, ainsi qu'un faible amortissement des plateaux techniques. A l'inverse, dans les régions de forte attractivité on assiste à une sur-exploitation des plateaux techniques, donc un amortissement plus rapide, avec un accès aux soins proportionnel voire supérieur à la capacité de la région et, en conséquence, une demande de soins qui est satisfaite plus rapidement.

Ainsi, la répartition géographique de l'offre de soins est non pas basée sur l'effectif des régions mais sur le poids économique des régions, donc sur l'assurance d'une consommation, ou d'une sur-consommation, de soins dans la mesure où l'offre va susciter la demande. Afin de limiter les dérives mercantiles de l'offre de soins, les politiques de santé développent deux axes. D'abord, elles tendent à rééquilibrer la répartition des professionnels sur le territoire en prévoyant

¹³⁴ PELLET (R.), *Les lois de financement de la sécurité sociale*, Juris-Classeur fasc. 204, 1^{er} mars 2001.

des systèmes d'avantages fiscaux pour ceux qui s'établiraient volontairement dans les régions peu attractives, mais seulement là où la demande de soins est effective. Ensuite, le principe de l'interdiction de rémunération à l'acte empêche les médecins de faire du chiffre sur la quantité, et a pour objectif de faire prévaloir la qualité des soins. En ce sens, l'adoption du système des clefs flottantes¹³⁵ pour les actes effectués vise à dissuader les praticiens de tourner l'interdiction et à faire en sorte qu'ils ne soient pas enclins à faire du chiffre en bradant leur savoir au plus grand nombre plutôt qu'à délivrer des soins nécessaires et adaptés à chaque cas particulier.

Ce déséquilibre est une des raisons des inégalités d'attribution des ressources effectives et incite à faire de la santé un bien de consommation sans modération malgré les risques que peut représenter une sur-consommation de soins. Ainsi, autant le comportement des professionnels que celui des consommateurs de soins est source d'enchère sur le marché des ressources, en s'affranchissant parfois des limites assignées par les besoins de la sécurité.

2 – les limites de la sécurité sanitaire, l'absence de moyens de substitution

Les réglementations de plus en plus strictes en matière de sécurité sanitaire débouchent sur une évaluation périodique des moyens de santé. Cette périodicité est propice à la délivrance de soins de qualité mais elles peuvent parfois, faute de moyens ou du fait de l'existence de techniques de substitution, déboucher sur le retrait du plateau technique de moyens encore fonctionnels en terme d'efficacité diagnostic ou thérapeutique.

Le coût actuel de la sécurité a été et reste largement initié par le recours massif au principe de précaution dans le domaine de la santé publique, notamment lorsqu'il s'agit de l'adoption de thérapeutiques lourdes et de techniques médicales nouvellement éprouvées.

Pour cette raison, les risques inconnus inhérents à l'utilisation de ces techniques ne doivent pas préjudicier aux bénéfiques thérapeutiques que celles-ci sont amenées à procurer à la santé humaine, voire à certaines catégories de population pour lesquelles il n'existe pas de produits ou techniques substituables. Il s'agit là de déterminer des seuils de tolérance adéquats, en fonction des critères formulés dans la définition du principe de précaution ; l'adoption de mesures

¹³⁵ PELLET (R.), *Les lois de financement de la sécurité sociale*, Juris-Classeur fasc. 204, 1^{er} mars 2001 Mécanisme créé par la LFSS, le dispositif des clefs flottantes consiste à faire en sorte que « si le nombre d'actes réalisés par les praticiens génèrent une dépense d'assurance maladie excessive, incompatible avec l'enveloppe fixée en référence à l'ONDAM, le tarif unitaire des actes peut être réduit jusqu'à 20% ».

effectives et proportionnées à un coût économiquement acceptable. Le critère du coût économiquement acceptable peut néanmoins recouvrir deux acceptions : d'une part, le coût de la mesure au regard du bénéfice attendu pour la santé humaine et, d'autre part, le coût de la mesure pour les industriels qui pourraient parfois préférer abandonner la production d'un produit ou d'une technique, notamment eu égard à la législation relative à la responsabilité du fait des produits défectueux¹³⁶ et qui s'impose autant aux producteurs privés que publics.

La mise en œuvre de la responsabilité du fait des produits défectueux, qui est une responsabilité pour défaut du produit subordonnée à la preuve d'une faute du producteur, intègre la notion d'exonération pour risque de développement. Ainsi, aux termes de l'article 1386-1 « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit lié ou non par un contrat avec la victime » et, au regard du principe de précaution, s'il faillit à son obligation de suivi du produit imposée par l'article 1386-13 du C.Civ. et qui précise que la responsabilité du producteur est engagée si « en présence d'un défaut révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à prévenir les conséquences dommageables », il dispose donc d'un délai de dix ans pour prendre les mesures nécessaires, laissant aux autorités concernées un créneau d'autant pour la mise en œuvre du principe de précaution voire pour provoquer la réaction appropriée du producteur. Un système d'exonération pour risque de développement a été prévu par l'article 1386-12 al. 2 du C.Civ. sauf lorsque, au terme de l'article 1386-12 al. 1 du C.Civ., le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci ».

L'obligation de suivi, la responsabilité du fait des produits défectueux implique leur traçabilité. Pour en assurer l'effectivité, cette obligation du producteur se prolonge par une obligation de contrôle de la part des pouvoirs publics, notamment par les canaux préventifs, et de la part du distributeur final, tel que les praticiens – orthodontistes et prothésistes. Le distributeur final du produit peut être amené à répondre du défaut du produit qu'il a prescrit par la mise en œuvre solidaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, surtout selon l'article 1386-8¹³⁷ du C. Civ., lorsque le praticien a apporté la dernière valeur ajoutée au produit ou s'il a procédé à son incorporation dans le corps de la victime du dommage.

¹³⁶ C.Civ., art. 1386-1 à 1386-18.

¹³⁷ C.Civ., Art. 1386-8 « En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables ».

Cependant, l'opportunité de la mise en œuvre de la responsabilité repose parfois sur des considérations inaccessibles et le recours à la mesure ultime de retrait ou d'absence de retrait d'un produit pour vice de celui-ci est étroitement fonction de l'existence ou non d'un produit substituable. Dans la mesure où il existe un produit substituable, la mesure de retrait pourra intervenir facilement, l'Administration chargée de cette mission, l'AFSSAPS au titre de l'article L. 5312-1 du CSP¹³⁸, n'ayant qu'à relever un défaut de fabrication de tout un stock de produits pour demander le retrait et la destruction de ces éléments¹³⁹.

Ainsi, lorsqu'il n'existe pas de produit substituable sur le marché, la responsabilité du producteur ou du distributeur est affaire de circonstances, notamment il suffit de se référer à l'affaire du sang contaminé. La réaction des transfuseurs et des patients face à la mesure de précaution a été intimement guidée par l'insuffisance des stocks des produits sanguins. L'utilisation des stocks malgré la connaissance du risque ne fait que refléter l'appréciation de l'adéquation de la mesure par les transfuseurs. Cette opposition à la décision de sélection de donneurs a été fortement tributaire de l'inexistence de produits de substitution. Ainsi, dans les paramètres de la décision, les décideurs publics ont pris la responsabilité d'une mesure jugée proportionnée en invitant à une sélection systématique des donneurs et en rejetant l'option radicale qui consistait à arrêter les transfusions et condamner automatiquement les patients nécessitant l'administration d'un produit sanguin. La légitimité de la décision, pour les transfuseurs, s'analysait avant tout en terme de manque de donneurs bénévoles, et ensuite en terme de produit non substituable. Il fallait donc faire face à cette double carence en pénalisant le moins possible les patients. L'observation ultérieure de la mesure a été davantage admise du fait même des recours en responsabilité engagés contre les pouvoirs publics.

La précaution indique de répondre au devoir d'informer de manière complète sur tous les effets secondaires d'un produit et commande une utilisation encadrée et limitée à une catégorie de patients afin d'aménager une exception face à une mesure jugée trop radicale pouvant porter préjudice aux intérêts des patients et, éventuellement, révélant une rupture d'égalité avec les autres patients alors qu'il n'existerait pas d'autre alternative. Ainsi faire de l'information et du

¹³⁸ CSP, Art. L. 5312-1 « [l'AFSSAPS] peut suspendre les essais, la fabrication, la préparation, l'importation, l'exportation, la distribution en gros, le conditionnement, la conservation, la mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux (...) lorsque ce produit ou groupe de produits, soit présente ou est soupçonné de présenter (...) un danger pour la santé humaine ».

¹³⁹ CSP, Art. L. 5312-3 « (...) l'agence peut enjoindre la personne physique ou morale responsable (...) de procéder au retrait du produit ou groupe de produits en tout lieu où il se trouve, à sa destruction lorsque celle-ci constitue le seul moyen de faire cesser le danger (...). Le cas échéant, les mesures (...) peuvent être limitées à certains lots de fabrication ».

consentement des moyens d'exonération semble être antithétique par rapport à la recherche d'une plus grande protection de la santé humaine, ils seraient les moyens derrière lesquels pourrait s'évanouir l'aspect collectif de la santé publique au profit des volontés individuelles, méprisant de la sorte le bien commun.

Ainsi, la conjugaison des règles de répartition des moyens matériels et financiers avec les réglementations relatives à la sécurité explique pour partie les difficultés rencontrées pour l'approvisionnement de certaines structures en ressources thérapeutiques et pour l'attribution équitable de celles-ci.

Section II – L'ORGANISATION DE LA DISPONIBILITÉ DES RESSOURCES, ESSENCE DE LA VÉNALITÉ

La mise sur le marché des produits de santé d'éléments du corps humain est soumise à un corps de règles très rigides. D'abord d'un point de vue éthique, la collecte est majoritairement orientée vers les donneurs décédés, à titre exceptionnel elle peut être autorisée entre vifs. Ensuite, sur le plan sanitaire, les règles relatives à la sécurité des produits de santé permettent un affinage de la sélection des donneurs effectifs. Ainsi, les ressources effectives en éléments du corps humain ne reflètent pas la masse des ressources disponibles de ces éléments eu égard à ces contraintes de choix (A). En outre, la mise en œuvre effective de l'accès aux ressources implique l'organisation de la mobilité de ces éléments (B).

A – LA GESTION DES STOCKS DISPONIBLES.

Les ressources disponibles correspondent à la masse des donneurs potentiels avant que ne soit établie entre eux une sélection aux fins de la collecte. La sélection des donneurs permet d'éviter de la masse disponible les donneurs ne présentant pas les qualités d'ensemble requises au regard de la législation sur les produits de santé. Or, sous l'égide de l'EFG, au fin d'une collecte beaucoup plus exhaustive d'éléments, on constate l'élaboration d'une politique d'élargissement de la fourchette de la masse disponible. Initialement, la masse disponible concernait, pour la plus grande part, les services de réanimation dans lesquels les personnels de santé étaient formés à présélectionner les donneurs potentiels. De ce cloisonnement résultait une faible disponibilité et donc une moindre collecte d'éléments. La politique actuelle de l'EFG

postule le décloisonnement des services et encourage la présélection sur une masse plus large de donneurs, ce qui implique la participation d'une plus grande part des professionnels de santé.

1 – l'exigence qualité des matériaux destinés à devenir produits de santé

Ainsi, une fois les présélections réalisées (1), l'affinage se poursuit par l'application aux donneurs des nomenclatures officielles qui prévoient le recueil en fonction des paramètres fonctionnels de l'élément considéré (2).

a – la présélection des donneurs potentiels

Peuvent être donneurs toute personne décédée ayant fait connaître, de son vivant, son accord au prélèvement, à défaut, sa volonté sera recherchée en consultant le registre officiel des refus ou en s'appuyant sur les témoignages de ses proches. Le recours aux personnes vivantes ne peut avoir lieu qu'à titre exceptionnel, et se tient aux cas limitativement énumérés par la loi .

La présélection des donneurs potentiels s'effectue, dans un premier temps, au sein des services hospitaliers. Le renforcement de la sécurité routière a eu pour effet de tarir la source essentielle de donneurs, accidentés de la route en état de mort cérébrale. L'EFG, face à cet état de fait, tente de promouvoir les recherches de donneurs potentiels vers d'autres services que la réanimation et la neurochirurgie afin d'accroître le panel des personnes susceptibles de donner des éléments de leur corps, et organise en parallèle une diffusion de l'information relative aux dons d'éléments du corps humain ainsi qu'une formation des personnels hospitaliers dans leur démarche auprès des familles.

Dans cette présélection il ne faut pas omettre l'importance des besoins en éléments adultes mais aussi enfants, de nouveau-nés à adolescent, dont les capacités physiologiques ne peuvent s'accommoder, selon l'élément envisagé, de la taille disproportionnée d'un élément adulte, notamment pour les organes. Le dialogue entre le personnel hospitalier et les parents de jeunes décédés a donc une incidence considérable sur la constitution des stocks de produits de santé.

Cela étant, d'autres catégories de personnes qui s'avèreraient pourtant volontaires ne sont pas retenues du fait de l'élaboration d'une nomenclature qui met en correspondance la fonctionnalité souhaitée de l'élément et l'âge du donneur.

b – la nomenclature officielle du recueil des éléments

Les praticiens, pour garantir la qualité et la bonne fonctionnalité des éléments prélevés, ce sont fixés des grilles permettant d'écarter de la catégorie des donneurs les personnes jugées trop âgées notamment, ou dont l'hygiène de vie était peu propice au maintien d'un état de santé satisfaisant¹⁴⁰.

Dans le cadre de la transplantation d'organes et de tissus, cette nomenclature a été instaurée dans le but de ne recueillir que des matériaux offrant les meilleures chances de survie des receveurs après la greffe. Or, les organes provenant de donneurs vivants, dans la mesure où ils sont en meilleur état, offrent un taux de survie un an après l'opération largement supérieur à celui obtenu avec un organe de donneur décédé. Ceci incite au recours plus large à ce type de don au vu, d'une part, des bienfaits thérapeutiques pour le receveur mais aussi eu égard à la pénurie recensée pour certains éléments ne pouvant être disponibles, conservés ou synthétisés. Cependant, se tourner vers ce type de système risque d'entraîner un anéantissement de l'esprit de solidarité au profit d'une exacerbation de l'individualisme dans un système qui a du mal à réguler les aspirations commerciales de ce type de réglementation permissive. Pourtant, le choix de l'extension de la caste des donneurs vivants par le projet de révision des lois bioéthiques semble être le compromis entre les besoins individuels et l'encouragement de la solidarité.

Eu égard aux limites établies au stade des prélèvements, les critères d'attribution des ressources thérapeutiques font l'objet d'un étroit contrôle, tant dans la prescription que dans les démarches d'allocations des ressources. L'Etat organise les ordres de priorité qui président à l'attribution des éléments rares dont il dispose en faible quantité et veille à ce que cette attribution s'effectue dans l'impartialité la plus totale. Pour ce qui est des ressources courantes, l'Etat laisse le soin aux praticiens de déterminer la méthode la mieux adaptée au cas de son patient. Il conserve néanmoins l'opportunité d'un contrôle de ces attributions au travers du suivi des actes médicaux délivrés.

2 – L'attribution des ressources thérapeutiques rares

Les politiques de santé déterminent de manière autoritaire, sur la base de référentiels objectifs, les critères d'éligibilité aux ressources thérapeutiques rares mais fixent ensuite les ordres de priorité sur les listes d'attentes qui se veulent impartiales.

¹⁴⁰ Voir Annexe 2.

a – L'éligibilité aux ressources médicales rares

Selon les dispositions de l'article L. 1251-1 du CSP « peuvent seules bénéficier d'une greffe d'organes, de moelle, de cornée ou d'autres tissus dont la liste est fixée par arrêté, après avis de l'[EFG], les personnes, quel que soit leur lieu de résidence, qui sont inscrites sur une liste nationale ». Ainsi, peut être mentionnée sur une liste d'attente toute personne résidente hors du territoire, voire hors de l'Union Européenne ou hors Europe. Il n'existe donc plus d'accessibilité fondée sur la solidarité nationale mais sur la solidarité de l'espèce humaine à l'échelle mondiale.

Ce système se fait vite le révélateur de ses propres limites. L'impartialité est en quelque sorte établie autour d'une règle de marché de retour sur investissement qui n'offre malheureusement que peu d'alternatives à certaines catégories de personnes laissées pour compte, telles que les personnes âgées

b - L'impartialité éprouvée de la gestion des listes d'attentes

Les systèmes de santé européens d'Europe Occidentale développent des critères de sélection des receveurs, après avoir élaboré un système de sélection de donneurs - lorsqu'une telle préoccupation existe -, pour établir les listes d'attentes. Ils procèdent selon une échelle de valeur de la vie, attribuant à chaque inscrit une place sur la liste, ainsi donc ils déterminent un ordre de prévalence entre les personnes sur une base officielle.

On constate alors deux formes de disparités de situations provoquées par l'application de ce critère. Avant tout, les personnes âgées se trouvent lésées car l'attribution effective d'un organe n'est pas fonction de l'ordre d'inscription mais fonction de la valeur de la vie sauvée au regard des intérêts de l'Etat ; il s'agit d'abord de favoriser les personnes dont le bagage génétique est très proche de celui de l'élément disponible mais il s'agit aussi d'isoler, dans ce même lot, la personne qui va présenter le plus d'intérêt à vivre selon les attentes de l'Etat. Il ressort que les personnes prioritaires sont, avant tout, les enfants mais aussi les actifs n'ayant pas un comportement à risque - alcoolémie, tabagisme - et ayant un capital santé permettant d'espérer une chance de survie intéressante après l'opération. Ensuite, dans certaines situations de compatibilité – histologique et capacité physiologique -, l'attribution se fera par priorité aux enfants en cas de disponibilité d'un organe adulte qui pourraient pourtant être attribué à d'autres adultes. Du fait de l'indisponibilité de la quantité suffisante d'organes et des critères d'allocations

des ressources, l'allongement de la durée de l'attente provoque encore un taux élevé de décès chez les demandeurs qui pourraient être davantage réduite par une meilleure information sur les besoins en matière d'organes.

Aussi, les manifestations pratiques de l'impartialité gouvernant l'attribution des organes génèrent des courants d'insatisfactions prêts à frauder le système pour se voir attribuer un organe avant l'échéance fatale en incitant à la corruption, ou alors se tournent plus largement désormais vers des systèmes plus occultes d'approvisionnement avec l'assurance supplémentaire de trouver un donneur compatible à la période choisie.

Ainsi, le système de santé doit prévoir d'endiguer ce phénomène de dérive occasionné par ses propres politiques. Afin de calmer les insatisfactions et d'optimiser la mise à disposition d'éléments sur le marché des produits de santé, les Etats ont organisé un système de solidarité inter-étatique visant à combler les carences nationales par le recours à des systèmes de collecte extérieure. Malheureusement, les exigences en matière de prélèvements ne sont pas toujours les mêmes d'un système à l'autre en Europe ce qui présente un nouveau facteur risque auquel le système national doit se préparer.

**B – LA MOBILISATION DES RESSOURCES, INDICATEUR D'EFFECTIVITE
DE L'ACCÈS AUX RESSOURCES.**

Une part de la déficience des stocks d'éléments du corps humain apparaît comme une contre-partie incompressible de la politique stricte de sécurité sanitaire et de qualité des produits de santé pourtant dispensée sur un même credo tant au niveau national qu'europpéen. En effet, la politique de santé publique, si elle acquiert des aspects homogènes dans le cadre européen, n'en reste pas moins un attribut des Etats qui fixent les normes que sécurité. Cette faculté leur permet donc de fixer des exigences supérieures au standard européen et d'écarter de leur circuit national des ressources provenant d'Etats membres sur le fondement du principe de précaution.

Quel que soit le système choisi chacun génère, en définitive, les mêmes types d'inconvénients. Ceci commande de rechercher des solutions à des problèmes identiques et si ce n'est rendre l'accès aux soins effectivement plus équitable, au moins tenter d'améliorer l'efficacité du système de santé initial sans en changer la législation en matière d'éthique médicale. Cet effort consiste en une amélioration des relations entre les structures de soins

concernées et doit avant tout s'opérer au niveau de chaque service d'un même établissement, niveau où on peut réellement envisager un début de résolution du problème. Ensuite, il implique de s'orienter vers une coordination des structures locales à des échelons supérieurs, toutes placées sous l'égide d'un organisme centralisateur de données à l'échelle nationale

1 – Deux schémas européens de la solidarité nationale

En Europe, au sein de l'intégration communautaire, il coexiste désormais deux conceptions de la solidarité nationale, la conception occidentale avec les principes éthiques qu'elle défend ainsi que la conception en germe des pays de la CEI, ex-satellite de l'URSS, qui tentent de reconstruire un système de santé intermédiaire entre les deux schémas européens, à partir des ruines de l'ancien Semashko¹⁴¹.

L'activité de prélèvement et de greffe d'organes est définie comme une mission de santé publique et relève à ce titre d'un établissement officiel unique dans chaque Etat. Cette mission de santé publique a pour but ultime de s'assurer de la qualité et de l'innocuité des greffons au travers du déroulement d'une procédure organisant un repérage et une sélection des donneurs, un dépistage de toute maladie transmissible et/ou de toute atteinte rendant le greffon impropre à la greffe, et en prévoyant la traçabilité des greffons - qui permet d'établir le parcours de l'organe du premier prélèvement jusqu'à sa greffe finale, voire sa destruction.

La mission dévolue à cet établissement a connu un élargissement tourné sur l'aspect service en vue de réduire les insatisfactions révélées par la pratique médicale et qui engendre une recrudescence des inégalités en matière d'attribution des produits et services de santé.

La compétence territoriale de l'Etablissement Français des Greffes est d'envergure nationale, il assure une répartition équitable des ressources sur tout le territoire en développant les services de transports entre structures d'un point à l'autre du territoire. Il dispose, en outre, de la compétence en matière d'importation et d'exportation d'éléments du corps humain entre structures homologues en fonction de la politique d'optimisation des ressources définie dans le cadre de partenariats bilatéraux. Or, l'effectivité de ces politiques va se trouver dépendante des ressources en moyens, tant matériel que financier, allouées par les gouvernements respectifs de ces structures pour mener à bien leur mission. Une réponse efficace à la pénurie est liée à

¹⁴¹ MAJNONI D'INTIGNANO (B.), *Economie de la santé*, PUF, Paris, 2001, p. 85.

l'efficacité des systèmes européens en interne et en transnational, à la gestion optimale du facteur temps et du bon conditionnement des ressources, éléments qui jouent énormément lorsque la transplantation induit un transport de l'organe sur une distance importante. Les Etats doivent prendre en compte les transports et la mise à disposition des personnels adéquats, ainsi que l'organisation de voies prioritaires, particulièrement en cas de déplacements aériens.

Cependant, l'amplification de la mobilisation des ressources ne résout en rien le problème lié à l'effectivité des structures nationales. Aussi, que l'Etat adopte, en matière de don, une politique de consentement présumé ou de consentement exprès n'est pas déterminant. Le cas de l'Espagne, politique du consentement exprès, comparé à celui de la France, politique du consentement présumé, le démontre : l'Espagne parvient à couvrir la demande d'organes en ayant simplement recours à ses propres ressources alors que la France ne parvient pas à satisfaire la demande, même avec les apports extérieurs. Tout est affaire de politique de santé publique, notamment par une diffusion plus offensive de l'information sur les besoins réels.

Toute cette organisation représente un coût qui se surajoute au coût de la technique, d'autres Etats ne pouvant accéder à de telles demandes se sont vus dans l'obligation d'adapter leur politique aux attentes impatientes de leurs ressortissants en consacrant un infléchissement important aux principes de gratuité, d'anonymat et de non-publicité inhérente au don.

La Pologne est en quête d'un système de santé regroupant les modèles d'Europe Occidentale en intégrant les aspects éthiques qui en découle. Or, sa situation économique ne lui permet pas d'amortir le remboursement des coûts engendrés par les traitements lourds tels que les transplantations. Par conséquent les gouvernants ont consenti certaines adaptations des règles communes, ainsi la loi polonaise prévoit la possibilité de recourir à une formule transitoire qu'elle appelle le «traitement privé»¹⁴². Cette option permet aux patients de «faire appel au public pour le don d'organes ou d'argent afin de financer le traitement»¹⁴³.

Cette alternative est une forme de reconnaissance et de légalisation des marchés occultes organisés autour de la vente d'éléments du corps humain. Cela étant, d'autres systèmes, tel que le Royaume-Uni, prévoit directement la possibilité pour les insatisfaits de se faire soigner dans d'autres Etats.

¹⁴² Sir Peter Morris, *Regard éthique - Les transplantations*, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1^{re} éd., 2003, p 148.

¹⁴³ *Ibid.*

2 – La solidarité internationale

Elaborée pour optimiser la gestion des ressources, les systèmes européens de solidarité transnationale présentent deux limites essentielles, l'une basée sur la couverture territoriale d'une organisation (a), l'autre sur la différence des législations en matière de sécurité des produits de santé (b).

Pour que la couverture territoriale d'une organisation soit effective il faut que les Etats débloquent de larges moyens et que l'objectif soit réaliste, c'est-à-dire fonction de la durée de survie maximale de l'élément à distribuer, durée qui fixe les limites du trajet qu'un organe peut subir entre son lieu de prélèvement à son lieu de transplantation. Or, malgré les disponibilités offertes, certains éléments peuvent s'avérer impropres à la greffe sur le territoire de destination eu égard à l'application des impératifs de sécurité sanitaire.

a – Les systèmes de solidarité internationale

Les systèmes européens comptent deux dimensions d'organisations chargées du suivi des éléments prélevés, les modèles nationaux structurés sous forme pyramidale et l'organisation de canaux privilégiés d'échanges d'éléments mettant en relation les structures officielles de chaque pays soit sous forme de partenariat, soit par le biais d'accords d'échanges bilatéraux.

Ce système de solidarité permet aux structures officielles d'assurer, dans un premier temps, la coordination entre les diverses régions au sein de leurs Etats respectifs afin de recenser les besoins et les disponibilités, et vont communiquer, dans un second temps, ces informations aux structures extérieures afin de faire bénéficier de ressources nationales les structures extérieures ou de faire bénéficier ses ressortissants nationaux des ressources extérieures.

L'instauration de ces types de partenariats peut se faire entre structures homologues étrangères pour la création d'une entité supranationale ou d'établissement officiel à organisation supranationale dans le cadre d'accords bilatéraux.

- Le plus ancien système de solidarité inter-étatique constitué remonte à l'année 1967, l'objectif d'Euro Transplant était de permettre un allègement des coûts liés à la disponibilité d'une thérapeutique lourde par la mise en commun des moyens évoqués. Euro Transplant est une entité supranationale qui regroupe l'Autriche, la Belgique, les Pays Bas, le Luxembourg, l'Allemagne et

la Slovaquie. La France a préféré adopter la solution du partenariat avec Euro Transplant sans y adhérer.

- D'autres structures du même type ont été élaborées par la suite. Scandia Transplant, créée en 1969, regroupe le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède. Tous ces pays possèdent déjà un dispositif national permettant d'optimiser, à l'échelle nationale, leurs disponibilités en matière d'éléments du corps humain.

- Historiquement, un dernier groupement d'Etats, Inter Transplant, regroupait les pays d'Europe de l'Est, l'Union Soviétique et Cuba mais a connu un arrêt d'activité suite à l'effondrement du bloc soviétique. Les pays de la CEI souhaitent rétablir un partenariat, pour certains avec Euro Transplant, ce qui implique la capacité de leurs propres structures à s'adapter aux exigences d'Euro Transplant, pour d'autres, les Etats Baltes, au sein d'une entité nouvelle Balt Transplant.

Pour autant, certains circuits légaux ont été soupçonnés de servir de façades officielles pour le blanchiment des produits de la criminalité - c'était le cas d'Inter Transplant qui intégrait Cuba, un des fournisseurs les plus actifs de matières premières humaines du globe. Afin d'éviter que les produits issus de la criminalité ne réintègrent les canaux légaux pour l'écoulement discret de ces ressources, certaines législations mettent à la charge des Etats l'obligation de s'assurer de la provenance de l'élément, autant dans un but de répression de la criminalité que de vérification de la sécurité des produits de santé insérés dans les canaux légaux. Aussi, l'Etat met préalablement à la charge des importateurs d'organes - les établissements autorisés au titre de l'article L. 1235-1 renvoyant à l'article L. 1234-2 du CSP pour l'importation des éléments considérés - le soin « [de s'assurer] que ceux-ci ont été prélevés avec le consentement préalable du donneur et sans aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, n'ait été alloué à ce dernier. Il doit pouvoir justifier qu'il s'en est assuré » aux termes de l'article R. 1235-1 du CSP.

Au surplus, les méthodes de sélection ne sont pas les mêmes dans tous les Etats, certains même sont très laxistes, ce que dénoncent les travaux du groupe européen d'éthique dans son avis relatif aux banques de tissus. Ainsi, pour pallier les insuffisances des exigences qualité des éléments provenant d'une source extérieure, le système national de santé peut prévoir de faire subir à ces éléments les examens supplémentaires requis par la législation nationale.

b – les normes de qualité des systèmes européens

Certaines activités font l'objet des préoccupations sanitaires actuelles et poussent les institutions de l'Union Européenne¹⁴⁴ et du Conseil de l'Europe à développer des normes coïncidentes en matières de sécurité des services et produits de santé.

Malgré les efforts de coordination des systèmes de santé, le GEE dénonce encore le non-respect du même degré d'exigence, ce qui entraîne des disparités dans l'attribution de soins de qualité alors qu'une politique d'harmonisation est mise en place progressivement notamment en coordination avec les institutions du Conseil de l'Europe, par le biais de l'adoption de normes de qualité au travers de recommandations¹⁴⁵ et de *Guide sur la sécurité et l'assurance de qualité des organes, tissus et cellules*, paru en juin 2002. Ainsi, il est toujours reconnu la faculté aux Etats qui recueillent des produits de santé d'importation de pratiquer des examens complémentaires pour satisfaire à leur propre réglementation¹⁴⁶.

¹⁴⁴ TCE, III^e Partie "les politiques de la Communauté", Titre XIII Santé Publique, art. 152

1- Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté.

L'action de la Communauté, qui complète les politiques nationales, porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé humaine. Cette action comprend la lutte contre les grands fléaux, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et l'éducation en matière de santé.

La Communauté complète l'action menée par les Etats membres en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé, y compris par l'information et la prévention.

2- La Communauté encourage la coopération entre les Etats membres dans les domaines visés au présent article et, si nécessaire, elle appuie leur action.

Les Etats membres coordonnent entre eux, en liaison avec la commission, leurs politiques et programmes dans les domaines visés au paragraphe 1. La commission peut prendre, en contact étroit avec les Etats membres, toute initiative utile pour promouvoir cette coordination.

3- La Communauté et les Etats membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes en matière de santé publique.

4- Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, contribue à la réalisation des objectifs visés au présent article en adoptant :

a) des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang ; ces mesures ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ;

b) par dérogation à l'article 37, des mesures dans les domaines vétérinaires et phytosanitaires ayant directement pour objectif la protection de la santé publique ;

c) des actions d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut également adopter des recommandations aux fins énoncées dans le présent article.

5- L'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des Etats membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux. En particulier, les mesures visées au paragraphe 4, point a), ne portent pas atteinte aux dispositions nationales relatives au don d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales.

¹⁴⁵ Recommandation N° R(97)17 sur le développement et la mise en œuvre des systèmes d'amélioration de la qualité dans les soins de santé, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 septembre 1997 ; Recommandation Rec(2001) 13 sur le développement d'une méthodologie dans l'élaboration de lignes directrices pour de meilleures pratiques médicales, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 10 octobre 2001 ; Recommandation Rec(2003)10 relative aux registres de donneurs d'organes, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 juin 2003.

¹⁴⁶ Pour l'élaboration des règles de bonne pratique en France, CSP, Art. L. 1251-2.

Les dispositions du CSP relatives aux importations d'organes précisent que « tout établissement qui importe ou qui exporte à des fins thérapeutiques, incluant les recherches biomédicales au sens de l'article L. 1121-1, des organes, hormis ceux destinés à un usage autologue, s'assure que ceux-ci ont été prélevés dans le respect de normes de protection au moins aussi exigeantes que les règles de sécurité sanitaire mentionnées à l'article L. 1211-6. Il doit pouvoir justifier qu'il s'en est assuré. L'organe importé ou exporté doit en outre être accompagné des documents mentionnés à l'article R. 1211-19 ».

L'article L. 1211-6 prévoit que le prélèvement d'élément et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques sont soumis à des règles de sécurité sanitaire qui comprennent notamment des tests de dépistage des maladies transmissibles », or l'emploi du terme "notamment" assure à l'Etat un pouvoir discrétionnaire en matière de restriction à l'importation, qui peut englober des restrictions eu égard à la provenance, par application du principe de précaution, en cas de déclaration d'épidémie inconnue dans notre système – dont les dernières expressions ont été la maladie de Creusfeld-Jacob puis le SRAS.

Toutefois, de telles exigences ne doivent pas avoir pour but d'entraver les échanges si les craintes ne sont pas fondées. De plus, les échanges entre les Etats ne se limitent pas aux franchissements de frontières des produits, il implique aussi le franchissement de frontières des personnes, dynamique encouragée dans le cadre de l'Union Européenne par les dispositions des Traités relatives aux libertés de circulations. Ce large encouragement de la part de l'Union Européenne a déclenché des prises de responsabilités évidentes, elle s'est contrainte d'adopter une politique très offensive au travers de sa stratégie d'action en matière de santé publique. Pour ce qui concerne la satisfaction des besoins thérapeutiques en terme de ressources disponibles, la nouvelle Directive 2004/23/CE¹⁴⁷ définit les règles communes visant à garantir la sécurité et la qualité des cellules et tissus afin que tous les pays de l'Union satisfassent au même critère et pour ne pas pénaliser les migrants européens qui mettent en œuvre leurs libertés de circulation. Cela étant, cette directive ne tient compte que les éléments destinés à une finalité thérapeutiques, elle renvoie à une autre directive s'agissant des éléments destinés à des fins industrielles et de traitements médicaux. Elle ne vise pas non plus les organes, ce qui renvoie la compétence aux Etats membres.

¹⁴⁷ Directive 2004/23/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, JOUE L. 102 du 7 avril 2004.

De cette manière, la raréfaction des ressources permises par l'application des exigences qualité des politiques de santé nationales doit trouver une solution adaptée pour canaliser les insatisfactions générées par les systèmes de santé, solution qui fait encore défaut. Néanmoins, pour combler ces lacunes des travaux sont en cours à l'Union quant aux éléments – tissus et cellules - destinés à être intégrés dans des dispositifs médicaux ainsi que pour les organes. De plus, « la Commission examine également l'opportunité d'imposer des règles communes aux produits de la technologie d'assistance – chaises roulantes et ordinateurs adaptés – destinées aux personnes handicapées »¹⁴⁸.

Ainsi, ces causes structurelles majeures contribuent à l'accélération de la dynamique évolutive de la vénalité des éléments du corps humain, dont les répercussions négatives se matérialisent au travers de la constitution d'un circuit occulte d'approvisionnement en matière première humaine, et offre une garantie primordiale que le système de santé n'est pas à même de procurer, la certitude de l'attribution de l'élément sollicité. Aussi, cette insatisfaction est propre à détourner une part des demandeurs des réseaux légaux, ce qui implique de facto l'acquisition par ces éléments rares très convoités d'une valeur certaine qui va davantage bénéficier aux systèmes parallèles qu'aux systèmes légaux. Pour endiguer le phénomène des propositions de légalisation du marché parallèle ont été proposées, sans emporter l'adhésion.

¹⁴⁸ http://www.europa.eu.int/pol/health/overview_fr.htm

Chapitre II – LES CAUSES CONJONCTURELLES DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.

Les causes conjoncturelles s'entendent de l'ensemble des éléments économiques, politiques et sociaux qui déterminent la situation actuelle. L'analyse des circonstances qui prédisposent à la commercialisation progressive du corps humain et de ses éléments part de la critique préalable du référentiel de valeur à partir duquel on analyse la situation. Or, les valeurs sur lesquelles repose un système sont étroitement dépendantes de la culture prévalant au sein de celui-ci, ainsi il existe autant de référentiels de valeurs valables que de systèmes culturels. En conséquence, le référentiel n'est valable que s'il est adapté à la culture qu'il doit encadrer ; ce n'est donc pas la culture qui doit bloquer son évolution sur des valeurs ancestrales consacrées dans des textes solennels mais le référentiel qui doit s'adapter à l'évolution de la culture. Ainsi, s'attacher à une valeur qui n'a de vérité que dans un idéal n'amène qu'à nier le phénomène considéré et retarde son encadrement.

La mondialisation postule la perméabilité entre traditions et systèmes de valeurs, mais une perméabilité encadrée afin de ne pas amorcer les bases d'un état anarchique où les valeurs en interaction seraient les valeurs propres à chaque individu, variable en fonction des situations et dénuées de cohérence. La mondialisation réclame une coordination préventive, et non curative, des valeurs respectives à chaque système afin que ceux-ci subsistent dans leur diversité malgré le décloisonnement des sociétés.

La désinformation qui a eu lieu jusque là sur le phénomène de vénalité des éléments du corps humain s'accommode peu de sa progression actuelle. Cette vénalité n'est pas une fatalité mais elle devient une nécessité face aux nombreux obstacles que les autorités publiques posent aux activités médicales et de recherches malgré les thérapeutiques qu'elles proposent. La recherche d'un dialogue commun sur la portée de la non-commercialisation des éléments du corps humain procède plus d'un dialogue curatif que d'un dialogue purement préventif. Les pays qui se sont résolus à nier le problème se heurtent désormais à des réseaux organisés ou indépendants, bien intégrés dans la société civile et les institutions publiques, et qui n'ont montré aucun scrupule à déterminer la valeur marchande de chaque élément proposé.

Le Politique doit donc prendre la mesure de cette réalité occulte et prendre du recul sur les valeurs sociales réellement promues, ainsi l'atténuation des interdictions gouvernant à la non-commercialisation du corps humain et de ses éléments procède davantage d'un régime palliatif aux limites dévoilées de ses politiques publiques que d'un accord de principe prospectif sur un phénomène encore hypothétique.

De ce fait, face à la résistance des Etats le marché aux éléments du corps humain s'est régulé de lui-même par une fixation sauvage des prix (Section I), que les Etats tentent désormais de canaliser par des actions concertées sur la scène internationale (Section II).

Section I – FACE À LA RESISTANCE DES ETATS, LA FIXATION SAUVAGE DES PRIX

Le maintien de la position des Etats face à la demande sociale grandissante en matière humaine a permis la dégénérescence de la demande vers des solutions de replis occultes, affranchies de tout système de valeur autre que la loi du marché. De telle sorte que, sur le marché légal, les éléments continuent, de façon illusoire, à répondre au principe de gratuité alors que sur le marché parallèle ils disposent chacun d'une valeur déterminée. Grâce à l'indisponibilité de matière humaine dans les canaux légaux, la matière fournie par les canaux occultes a gagné en valeur.

Ainsi, les prix des éléments sur le marché occulte, basé sur leur rareté, sont stimulés par les Etats en fonction de la flexibilité des valeurs intrinsèques au système de santé. Les Etats contribuent directement à valoriser cette matière en stimulant leur demande et en amplifiant leur insuffisance. De la même façon, la perméabilité aux législations laxistes, permise par la mondialisation, ainsi que l'absence de maîtrise des moyens de communication provoquent des phénomènes de migration des personnes, produits et services propices à une mise en concurrence des systèmes les plus compétitifs. Ils y contribuent désormais davantage en abattant les obstacles à la circulation des produits du crime. La construction européenne abolit les frontières intérieures à l'Union Européenne afin de limiter les entraves à la circulation, en combinaison avec la porosité avérée de certaines frontières extérieures, cela garantit au phénomène un terrain propice au développement et au déploiement de nouvelles activités de services.

A – LA CIRCULATION DE L'INFORMATION, UN MOYEN DE PROMOTION

EPROUVE.

La bonne circulation de l'information est le pivot indispensable à l'épanouissement de tout système commercial. L'activité occulte du marché d'éléments du corps humain était, il y a peu, placé sous le joug de la désinformation dans de nombreux Etats. Cependant, cette négation offensive du phénomène a démontré leur incapacité à endiguer ou à limiter un phénomène qui les dépasse.

Inévitablement, et malgré une politique de désinformation massive¹⁴⁹, les réseaux de communication véhiculent de nombreuses offres d'éléments du corps humain à prix fixe. Cette diffusion a d'abord été initiée dans la presse écrite mais l'ampleur de la diffusion, la captation d'une clientèle au-delà des frontières territoriales, s'est heurtée au contrôle répressif effectué par les autorités publiques de l'Etat d'exportation. Cela dit, si la presse écrite a dévoilé ses limites elle conserve une certaine attractivité. Aussi, l'apparition de l'Internet et l'absence de contrôle du contenu des informations diffusées par les hébergeurs de sites offrent de nouvelles opportunités, notamment la diffusion à l'échelle mondiale sans contrainte de frontière.

Cette nouvelle dynamique a permis l'épanouissement, au sein des structures étatiques, de filières infiltrées relayées par des acteurs nationaux, dont certains hors de tous soupçons. Le sanitaire est devenu bien de consommation, or en développant les capacités de soins, les Etats suscitent l'offre et sont relayés dans la pratique par les praticiens. Dans le domaine médical, cette offre mal orientée et/ou mal encadrée peut déboucher sur des aberrations du système que dévoile le développement d'une économie parallèle de la santé. Ainsi, le phénomène grandissant de la vénalité des éléments du corps humain prend aussi sa source dans le devoir d'information et d'adaptation de soins que le praticien doit à son patient (1), stimulation d'une demande qui va trouver un écho favorable dans le déploiement d'une offre toujours plus compétitive (2).

¹⁴⁹ La United States Information Agency (l'agence américaine complémentaire de la CIA qui centralise la désinformation) a présenté pendant longtemps le trafic d'organes comme une vaste désinformation destinée à nuire à l'attractivité touristique et à l'image du pays.

1 – la diffusion d’une information particulière, la responsabilité des praticiens dans la stimulation de la demande.

Le praticien doit à son patient une information éclairée et adaptée en fonction des besoins réels¹⁵⁰. Cela implique qu’il doit présenter à son patient toutes les alternatives de soins dont il dispose pour ce cas précis, sans tomber dans l’excès. Seulement, le patient devient l’acteur prééminent dans la relation médicale, à tel point qu’on le qualifie davantage de client que de patient. La sur-densité de praticiens dans certaines régions engendre une compétition entre spécialistes pour la fidélisation des patients. Cette démarche propre à une activité de commerce provoque une dérive de la pratique médicale vers la satisfaction immédiate des patients. De la sorte, les attentes exigeantes des patients, cumulées à la captation de clientèle de quelques praticiens¹⁵¹ provoquent une disproportion entre les desiderata des acteurs publics – régulation du système de santé - et privés – satisfaction immédiate des besoins -.

Ainsi, certains médecins spécialistes favorisent l’expansion du marché des éléments du corps humain dans la mesure où en privilégiant cette offre ils stimulent la demande de ces éléments précis. Leur effet sur la demande s’effectue dans le cadre de l’activité de prescription. Or de plus en plus de prescriptions sont mal adaptées et détournent des patients, encore réceptifs aux traitements médicamenteux ou pouvant retirer des avantages comparables en ayant recours à un appareil, vers les canaux de la greffe. Le volume de la demande ainsi stimulé engorge les listes d’attentes et engendre de nombreuses frustrations. L’attente parfois trop longue des patients ou le décès de nombre d’entre eux avant l’attribution de l’élément salvateur détourne la part des cas jugés moins urgents vers des solutions alternatives et un règlement rapide du problème pour court-circuiter son amplification.

Les frustrations émanant de ce vivier de patients va donc garantir aux praticiens la fidélisation d’une clientèle désormais captive. Deux attitudes sont possibles : certains prescripteurs invitent passivement, et sous couvert du secret médical, à contourner les interdictions légales, lorsqu’elles existent, en pratiquant les opérations nécessaires à l’aide de

¹⁵⁰ Code de Déontologie Médicale, décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, art. 8 « Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre des prescriptions qui seront celles qu’il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d’assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l’efficacité des soins.

Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles. ».

¹⁵¹ Code de Déontologie Médicale, décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, art. 5 « le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ». ; art. 6 « le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter cet exercice ».

ressources de contrebande ; d'autres interviennent activement dans le démarchage de clientèle en émettant des propositions impliquant le recours à des circuits illégaux.

Les contrats que cela génèrent sont de deux types. Il peut s'agir de contrats simples entre particuliers desquels émanent un accord bilatéral sur la chose – l'élément nécessaire au receveur - et sur le prix - la délivrance de l'élément convoité est subordonnée à l'apport d'un gain pour le donneur, gain en nature ou en argent. Cet accord est conclut *intuitu personae*, le donneur et le receveur sont de connivence pour prétexter d'un lien de parenté afin de procéder à leur arrangement sous une apparence de légalité et de solidarité. Il peut en outre s'agir de contrats plus complexes qui impliquent le recours à des intermédiaires et à la mise en place d'une organisation dépersonnalisée. Dans ce contrat il y a accord sur la chose et sur le prix, mais la règle de l'anonymat préside, le demandeur ne connaît pas le donneur.

En fonction des facilités de chacun et de ses canaux d'informations, les demandeurs vont se tourner soit vers des vendeurs indépendants, soit vers les systèmes de la criminalité organisée spécialisée.

2 – la diffusion d'une information grand public, une mise en concurrence officieuse de l'offre.

Deux canaux principaux d'informations ont été identifiés, l'information peut être le fruit d'une propagande personnelle et adopte les moyens de communications mis à sa disposition (a) ; elle peut être l'objet de tout un système infiltré dans les structures légales, ce qui est l'entreprise de la criminalité organisée (b).

a – les donneurs indépendants

En Europe, on recense une disparité entre les législations nationales relatives aux prélèvements d'éléments du corps humain ; Certaines font acte de néant juridique¹⁵², d'autres sont simplement lacunaires voire permissives¹⁵³. Aussi, faute de dispositions pénales réprimant le commerce des éléments du corps humain, il est légal d'y procéder à titre intéressé.

¹⁵² Moldavie.

¹⁵³ Hongrie.

Dès lors, eu égard à la demande prégnante de matières humaines des foyers de vendeurs indépendants se sont déclarés sur ces terrains favorables. Leur propagande est assurée par les moyens de communication courants. Ne réprimant déjà pas la vente d'éléments du corps humain, et encore moins la proposition de vente, ces pays admettent la diffusion dans la presse écrite de tout type d'offres, c'est ainsi qu'à l'annonce de la pénurie de matière humaine, on a pu constater la diffusion massive d'offres d'éléments du corps humain à un prix fixe et apparent. Toutefois, les chances de ces vendeurs de trouver acquéreurs en territoire étranger se heurtent à la prohibition et la répression de telles offres. Cependant, l'échec de ces tentatives ne dissuade pas les vendeurs indépendants de persévérer sur presse écrite.

Même si la portée de la presse écrite est limitée à certains Etats, la pénétration des marchés externes est désormais possible grâce à l'utilisation des réseaux de communication instantanée. Le développement de l'Internet, et l'absence de vérification des informations qui y circulent, offrent de bien meilleures garanties de diffusion des offres à grande échelle - dont surtout la garantie de pouvoir toucher tout acquéreur potentiel où qu'il se situe sur le globe.

Une fois que la proposition a atteint l'acquéreur potentiel, les relations vont pouvoir s'établir et les modalités du contrat se mettre en place. Si le contrat est amené à se poursuivre le donneur percevra le prix souhaité en fonction des barèmes officieux établis par le marché occulte. Ce qui n'est pas le cas lorsque le donneur est enrôlé dans les réseaux de la criminalité organisée. Toutefois, la criminalité organisée propose la vente d'éléments que les vendeurs indépendants ne peuvent mettre en vente au péril de leur vie ; pour les organes simples, notamment le cœur, la criminalité se moque de la perte d'un donneur.

b – les réseaux de criminalité organisée

La forte demande d'élément du corps humain n'a pas laissé impassible les réseaux de criminalités organisées qui y ont vu un créneau lucratif supplémentaire. On recense plusieurs réseaux de criminalités organisées spécialisés dans le trafic de matières humaines¹⁵⁴, en général conjointement à la traite des êtres humains¹⁵⁵ et au proxénétisme¹⁵⁶. Le maintien de ces réseaux repose sur une règle fondamentale, l'utilisation d'intermédiaires. L'organisation du trafic

¹⁵⁴ la Camorra et la Sacra Corona Unita

¹⁵⁵ les Balkans, les PECO, l'ex-URSS, la Turquie, le Maghreb, la Colombie, les Organisations Criminelles Transnationales du continent indien, les Triades, le Nigeria.

¹⁵⁶ Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Doc. 9112 : une campagne contre le trafic des mineurs pour désamorcer la filière de l'est : le cas de la Moldova, 5 juin 2001, point n° 12.

présuppose que d'une part des rabatteurs s'occupent de trouver les donneurs – lesquels constituent "le fonds de commerce" de l'activité - pendant que, d'autre part, des prospecteurs se chargent de démarcher la clientèle.

La recherche des donneurs :

Le vivier privilégié de ces réseaux se trouvent dans les pays où règne l'extrême pauvreté. Nombreuses sont les personnes qui sont prêtes à céder un élément de leur corps pour une contrepartie misérable, et sans conscience des conséquences de leur acte sur leur propre santé. Les principaux viviers identifiés se situaient initialement en Amérique Latine - Colombie et Brésil -, en Inde, en Afrique mais face à la progression des maladies transmissibles dans ces régions – notamment du sida - les pays d'Europe de l'Est sont désormais les plus prisés.

Les voies empruntées par le trafic sont connues en Europe tant par le service des douanes que par la police. Les flux de donneurs de leur lieu de levée vers leur lieu de délivrance permettent d'établir le statut de chaque Etat pour ces réseaux. On les distingue en trois catégories, les pays 'réservoir' d'où sont issus les donneurs, les pays de transit et les pays de destination. Les Etats d'origine des victimes du trafic sont la Russie, l'Ukraine, la Moldavie, entre autres ; les Etats de transit sont principalement la Turquie, la Grèce et l'Albanie ; quant aux Etats de destination les plus fréquents sont l'Italie, la France la Belgique et le Royaume-Uni¹⁵⁷.

Le parcours de l'offre remonte des pays pauvres vers les pays riches, ce qui n'est pas toujours vrai dans le cas des vendeurs indépendants où on retrouve tout type de personne, étant donné que l'élan altruiste peut procéder du trafic d'influence en vue du maintien d'une situation déterminée.

Une fois le fonds de commerce constitué, il convient de s'attacher à l'activité proprement de services.

Le démarchage des demandeurs :

Les réseaux de criminalités organisées sont de types parasites, elles infiltrent les structures des Etats dans lesquels elles s'établissent afin de permettre l'épanouissement de leurs activités. Elles procèdent nécessairement par corruption pour parvenir à leurs fins, une corruption

¹⁵⁷ Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Doc. 9112 : Une campagne contre le trafic des mineurs pour désamorcer la filière de l'est : le cas de la Moldova, 5 juin 2001, point n°23.

qui atteint autant les personnes privées que les agents publics. Ainsi, dans le cadre particulier de la vente d'éléments du corps humain, les canaux emprunter sont les canaux légaux : les agences de voyage et les services des douanes lorsque le déplacement du demandeur, et surtout du donneur, est requis ; les plateaux techniques et les personnels pour garantir la qualité du service et de l'intervention ; parfois même les médecins prescripteurs de l'intervention ayant repéré le demandeur susceptible de se laisser séduire.

Les garanties de qualité entrent pleinement dans la démarche commerciale, un client satisfait est un client qui peut ramener de la clientèle, il est donc indispensable de ne pas négliger cet aspect. Cependant, ce critère qualité n'est pas garanti au donneur qui est doublement lésé de son adhésion, dolosive ou non, à la transaction. Avant tout, le donneur ne perçoit pas le prix de vente de l'élément prélevé, il ne touche que 10%, le réseau de criminalité perçoit le reste alors que le tarif est celui du marché, donc le même que celui d'un vendeur indépendant, les contraintes matérielles en moins – liées à la recherche du donneur et du praticien -. En outre, le donneur est réexpédié chez lui sans soin de suite ni de suivi médical, son état de santé est ainsi amené à se dégrader et à faire de lui un futur demandeur.

Cette sphère d'activité est la plus lucrative après les narco-trafics. Le poids économique du marché occulte aux éléments n'est donc pas négligeable et pourrait s'étendre davantage avec les nouveaux besoins que les avancées de la science font naître – xénotransplantation, embryons médicaments, cellules souches. Ces structures présentent la malléabilité nécessaire pour adapter leur offre à l'état des marchés, ce qui n'est pas du ressort des vendeurs particuliers.

Cette dimension de l'infiltration des réseaux au sein des structures étatiques a réveillé les velléités des Etats qui, toujours dans leur démarche sécurité, dénoncent ouvertement le phénomène et les risques liés à de telles pratiques. Il en résulte que chaque acteur se fait l'émetteur d'un type propre d'information, les vendeurs d'éléments véhiculent une information sur les produits et services disponibles et les prix y afférents, les organismes officiels privilégient davantage leur tâche de sécurité en communiquant une appréciation sur les capacités sanitaires de chaque source. Ainsi, on peut se féliciter de la complémentarité de ces acteurs en réelle symbiose informationnelle.

**B – LE DESAVEU OFFICIEL DU MARCHÉ DE MATIÈRE HUMAINE,
UNE CONDAMNATION A DOUBLE TRANCHANT.**

Afin de tenter de réguler ce phénomène, et après l'avoir longtemps couvert par la désinformation, une autorité américaine, l'American Medical Association (AMA), a souhaité faire adopter une politique de transparence en proposant une législation qui admettrait cette pratique, ce qui la ferait sortir du marché occulte et permettrait l'élaboration d'un barème tarifaire contrôlé¹⁵⁸. A cette fin, il a été proposé deux modalités de fixation officielle des prix, soit en étatisant le commerce - l'Etat établit les prix de façon unilatérale -, soit en laissant le jeu de l'offre et de la demande établir les prix - l'Etat n'intervenant que pour réguler le marché lorsque le phénomène d'enchère est disproportionné.

Cette proposition ouvre des avantages certains, notamment en matière d'assainissement des rapports médicaux et en terme de sécurité sanitaire des produits de santé. Mais elle ouvre aussi à la critique pour les Etats qui disposent d'une large législation, tant sanitaire que répressive, qui condamnent la commercialisation du corps humain, de ses éléments et de ses produits. Le phénomène de commercialisation est condamné sur la base d'un consensus international d'abolition de l'esclavage, de surcroît certains¹⁵⁹ pensent qu'en faisant entrer les éléments du corps humain sur le marché on aboutit à un phénomène de convoitise, une nouvelle forme de cannibalisme, qui amplifierait les inégalités entre les sociétés, provoquant un asservissement des uns - l'extrême pauvreté - au profit des besoins égoïstes des autres - les sociétés de consommation. Un tel système aboutirait à légitimer de nouveau la traite, la servitude et l'esclavagisme ; pratiques incompatibles avec le principe du respect de la dignité humaine, la valeur phare des démocraties actuelles qui s'avèrent pourtant être les pays émetteurs de la demande.

Dans ce combat contre la vénalité des éléments du corps humain, les Etats ont pris position pour le respect des valeurs essentielles inhérentes à la nature humaine et campent sur leur refus de fléchir sous la pression sociale. La légitimation de leur position les amènent à dénoncer, désormais de façon concertée, les phénomènes de trafic de matières humaines et de tourisme médical en émettant des informations utiles qui peuvent par ailleurs s'analyser comme une

¹⁵⁸ The New Internationalist, "The New Cannibalism", Nancy Scheper-Hughes, April 1998.

¹⁵⁹ Conseil de l'Europe, Regard éthique - Les transplantations, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1^{re} éd., 2003, p148, « néocannibalisme » pour l'auteur polonais Wolniewicz, « cannibalisme social ou amical » pour le sociologue japonais T. Awaya.

contribution à la prospection individuelle en ce sens qu'elles véhiculent des renseignements contrôlés sur les disponibilités (1) et sur la qualité des produits et services rendus (2)

1 – l'information sur les disponibilités de matériaux humains.

Une vision internationale permet une évaluation appropriée des disponibilités de chaque système et peut déboucher sur la réalisation d'une cartographie précise des donneurs sur réservation.

Ainsi, certains ont souhaité amplifier le nombre de donneurs potentiels en recourant à des politiques strictes de sécurité. La Chine tend de ce fait à acquérir une très forte notoriété. La Chine n'admet, en terme de criminalité, qu'un niveau de tolérance zéro. Ainsi par l'adoption d'une loi sur le renfort de la sécurité de 1984¹⁶⁰ elle a élevé les petits délits au rang d'infractions pénales punies de la peine capitale. Or, les prisons chinoises regorgent de détenus de toutes catégories destinés à la peine capitale sans appel possible, ce qui en fait un vivier favorable. Cette situation offre les conditions propices au développement d'un marché que le gouvernement occulte pour des raisons économiques évidentes. Les prisons sont réputées pour être des lieux d'achalandages de matière humaine, les détenus s'avèrent être recyclés à des fins plus nobles en tant que donneurs potentiels. A cette fin, la loi chinoise prévoit expressément que les organes des prisonniers exécutés peuvent être 'récoltés' si personne ne réclame le corps, si le prisonnier souhaitait faire un tel usage de son corps, ou si sa famille y avait consenti¹⁶¹.

La politique initiale de sécurité a donc un but ultime, alimenter le marché aux organes dont l'économie chinoise a réellement besoin. Les prisons sont donc des réservoirs qui offre aux acquéreurs potentiels un choix à la carte de leur futur donneur. A cette fin, les prisonniers font l'objet d'examens à fréquence régulière pour permettre une sélection adéquate en terme d'histocompatibilité entre donneur et receveur. Cette sélection à la carte débouche sur la réservation de l'élément, donc du donneur, et l'exécution de ce dernier sera déterminée en fonction des disponibilités du futur acquéreur.

¹⁶⁰ Illegal Human Organ trade from Executed Prisoners in China.

¹⁶¹ The rule provided 'that corpses or organs of executed prisoners could be harvested if no one claimed the body, if the executed prisoner volunteered to have his corpse so used, or if the family consented'.

En outre, la législation chinoise prévoit que les prisonniers seront exécutés d'une balle dans la tête. « Les médecins chargés d'effectuer les prélèvements [posthumes] s'accordent à dire que ce procédé a comme objectif direct de préserver les organes vitaux des effets que pourraient engendrer une injection mortelle, à savoir l'arrêt des fonctions de l'organe, et de prélever le maximum possible, que ce soit en tissus ou en autres organes, pour d'autres transactions : Facultés de médecine, industries pharmaceutiques ou d'esthétiques »¹⁶². Aussi, les dérives constatées ont amené les Etats européens à effectuer, sans succès, des démarches auprès de la Chine en vue de l'abolition de la peine de mort.

En Europe et aux Etats-Unis d'Amérique, dans les Etats où la peine de mort est encore en cours, un mouvement général pour l'abolition de la peine de mort tend à contrer le phénomène afin d'éradiquer cette fatalité¹⁶³. Pour garantir la sécurité des personnes contre de mauvaises intentions, les Etats ont adopté divers instruments internationaux. Ainsi, au premier rang de ces instruments se situe la Convention phare de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a connu une réévaluation progressive des exceptions ouvertes par son article 2, qui autorise la peine capitale, par l'adoption dans un premier temps du Protocole n° 6 légitimant encore une modalité du recours à la peine capitale. En effet, l'article 2 de celui-ci, relatif à la peine de mort en temps de guerre, précisait « Un Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre »¹⁶⁴. Le Conseil de l'Europe a soumis à la signature un Protocole n° 13¹⁶⁵ qui prévoit d'abolir la peine de mort en toute circonstance.

Malgré ces efforts, le rapport 2003¹⁶⁶ d'Amnesty International, remarque que certains Etats ont conservé dans leur législation une réserve pour les crimes exceptionnels, il s'agit de la Lettonie - qui a signé le Protocole en mai -, de la Turquie – qui a suivi en août - ou encore la Russie qui a aboli la peine de mort en pratique, quoique certaines interventions en Tchétchénie laissent planer le doute quant au respect de certaines disparitions¹⁶⁷.

¹⁶² LAPORTE (S.), *Le trafic d'organes en Europe*, mémoire DEA, LECOCQ (P.A.), Lille 2, session 2003.

¹⁶³ Bellagio Task Force, Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organ, Transplantation proceedings n° 29, pp 2739-2745, 1997.

¹⁶⁴ Protocole n°6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 28/04/1983.

¹⁶⁵ Protocole n°13 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Vilnius, 03/05/02. « Considérant que le droit à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ; Souhaitant renforcer la protection du droit à la vie garanti par la Convention (...) ».

¹⁶⁶ Amnesty International, Rapport annuel 2003, 28/05/03, <http://www.amnestyinternational.fr>

¹⁶⁷ Id, extrait concernant la Russie.

Cependant, les problèmes ne sont pas tous résolus par la simple adoption d'un texte. Le premier Protocole Additionnel à la Convention de Genève, adopté en juin 1977, interdit expressément le prélèvement d'organes sur les prisonniers de guerre¹⁶⁸. Eu égard à l'évolution des conflits internationaux, et surtout de la sémantique qui en découle, cette disposition pose le problème du statut de quelques individus retenus, contre leur gré, par certaines puissances, dans des endroits gardés par des militaires armés, mais sans leur attribuer le statut de prisonniers de guerre !

De plus, ce « protocole est sans efficacité quant au taux de mortalité qui peut prendre des proportions substantielles en prison, sans que soient fidèlement établies les causes de la mort. Il réside donc un doute quant à l'assiduité avec laquelle cette voie a été verrouillée. D'autant que le Bilan des droits de la personne 2002 de l'ONU signale « l'adoption de nouvelles normes internationales » durant l'année 2002, notamment « l'Assemblée Générale a adopté le Protocole facultatif à la Convention sur la torture, qui établit un mécanisme de visite des prisons et des autres lieux de détention »¹⁶⁹. Le terme de « lieux de détentions » laisse donc ouverte la porte des hôpitaux psychiatriques, lieux d'évacuation de certains détenus parfois »¹⁷⁰.

En outre, la Résolution de l'AMM sur la participation du médecin à la peine capitale¹⁷¹ précise que « la participation des médecins à la peine capitale, quelle qu'elle soit et quelle qu'en soit la phase d'exécution, est contraire à l'éthique. Or quelle extrême différence entre le système chinois de présélection des donneurs vivants en vue de prélèvement et le système français de présélection des donneurs plongé dans un coma profond, donc toujours vivants à la date de décision d'arrêt des appareils d'assistance ?

- Le lieu ? Variable entre une prison et un hôpital, le lieu où le respect de l'intégrité, de la dignité et de la sécurité des personnes sont censés être renforcés est bien l'hôpital.

- L'acte final ? Ils sont des actes médicaux dans les deux cas, il s'agit de prélèvement d'éléments sur personnes décédées.

- Les motivations de l'acte ? économique : dans un cas la personne, destinée à la peine de mort quoi qu'il en soit, sera exécutée à des fins de prélèvement à une date qui est fonction des

¹⁶⁸ V. supra note 26.

¹⁶⁹ Bilan des droits de la personne 2002, Le système des droits humains à l'ONU, Commission des droits de l'homme, Formes contemporaines d'esclavage.

¹⁷⁰ LAPORTE (S.), *Le trafic d'organes en Europe*, mémoire DEA, LECOCQ (P.A.), Lille 2, session 2003.

¹⁷¹ Résolution de l'Association Médicale Mondiale sur la participation du médecin à la peine capitale, Assemblée Générale de l'AMM, adoptée à Lisbonne en 1981, amendée à Edimbourg, octobre 2000.

convenances du receveur, lequel paie pour obtenir l'élément prélevé ; dans le second cas la personne sera débranchée sous couvert de raison médicale - du fait des incertitudes sur l'état dans lequel la personne se réveillera et les souffrances qui en découleront pour elle et son entourage - pour cause économique – coût du maintien en vie artificiel et coût des conséquences des lésions si la personne se réveille.

- La légitimité de la décision ? Elle incombe à des personnels corrompus dans le premier cas, à des médecins (!!!) dans le second.

- L'acte d'exécution lui-même ? Il est l'apanage des bourreaux en Chine, des médecins (!!!) en France.

L'extrême différence entre les deux systèmes n'est pas non plus la légalité de l'acte mais la part de la population en cause dans chacun des cas.

2 – l'information sur la qualité des produits et des services rendus.

Le standard de qualité des produits et services de santé ressort de la compétence nationale au regard des impératifs de santé publique que se fixe l'Etat. Or cette compétence régalienne constitue un premier frein à la lutte contre les développements du tourisme médical. Ainsi, l'émergence de textes européens pour homogénéiser les pratiques médicales intégrant les garanties minimales de sécurité, ont permis à l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁷² de rapporter, relativement au trafic d'organes et selon des témoignages de médecins, que les pratiques de la criminalité organisée en Turquie sont très bonnes, les recherches biochimiques de compatibilité sont effectuées, les dépistages de maladies par la même occasion, la seule lacune réside dans le suivi des donneurs car les receveurs conservent le suivi médical que leur assure leur chirurgien particulier.

Ainsi, une échelle de valeur peut être effectuée avec les avantages que procure l'option du système chinois. Si on part du postulat que l'insalubrité liée à la sur-densité de population dans les prisons chinoises est propice à l'incubation de nombreux germes, de préférence inconnus des systèmes sanitaires européens – SRAS -, on s'oriente préférentiellement vers la Turquie, malgré les garanties d'histocompatibilité rapportées du système chinois.

Le recoupement de ces diverses informations contribue à l'amplification voire à l'incitation du phénomène plutôt que de le marginaliser. L'information utile pour les demandeurs,

¹⁷² Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, dossier : Le trafic d'organes en Europe, Doc. 9822, 03/06/03

actuels et potentiels, dans une société de consommation ne rejoint pas les critères retenus par les autorités nationales, au contraire. Tandis que les autorités favorisent les aspects préventif et collectif, les protagonistes du tourisme ne voient que par le prisme individualiste, et tant mieux si l'assurance qualité suit, mais cette assurance reste un pari qui est bien moindre par rapport au pari sur la vie que représente la disponibilité d'un élément salvateur.

Au surplus, cette attitude égoïste peut trouver sa justification et sa légitimation dans les textes internationaux. Si on se réfère aux termes du préambule de la constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qui définit, en 1946, la santé comme « un état de complet bien-être physique, mental et social », on conçoit que la conception individualiste de la santé puisse librement s'exprimer et déboucher sur des excès liés à une recherche sans cesse grandissante de bien-être - but véritablement inaccessible car étroitement dépendant des variables individuelles subjectives -. Il faut attendre 1966 pour que le Pacte International sur les droits sociaux, économiques et culturels émette des restrictions, en son article 12-1 il précise que « toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle est capable d'atteindre ». Cette nouvelle délimitation de la santé permet d'en faire un concept plus accessible, doté d'une valeur juridique moins contestable par son caractère beaucoup plus relatif.

Cela implique que chacun soit conscient des limites inhérentes à son propre corps et qu'il ne tente pas d'atteindre un idéal disproportionné. Par ailleurs, les limites tendent à être de plus en plus repoussées par la recherche dont l'objectif est d'atteindre la personne dans son plus infime élément, en vue de régler à la source toutes les pathologies graves de l'humanité.

De la sorte, les besoins économiques et matériels de la recherche et de l'industrie convergent avec les besoins de bien-être nouvellement émergents de la population cible. Le marché des biens de santé est désormais saisi par les politiques, au sein d'actions concertées à un niveau adapté à l'ampleur du phénomène, et encouragé par la dimension des intérêts en jeu.

Section II – LE TRAITEMENT CONCERTÉ DU COMMERCE DE MATIÈRE HUMAINE, VERS UNE LUTTE ADAPTÉE A L'AMPLEUR DU PHÉNOMÈNE.

La reconnaissance officielle du commerce occulte d'éléments humains et de la part qu'il représente dans l'économie parallèle est un premier pas vers un traitement efficace du

phénomène. L'ampleur internationale du commerce a mis longtemps en échec le combat individuel des Etats touchés par ce fléau, de ce combat stérile est rapidement ressorti que seule une coopération de dimension équivalente au phénomène était adaptée. Plus qu'une cohésion entre Etats, la coopération mise en place repose sur l'affirmation de tout un système de valeur, le modèle occidental dominant, contre ce type de dérive. Ainsi, en Europe et en coordination avec le système américain, tant le Conseil de l'Europe que l'Union Européenne ont adopté des programmes d'action pour inciter les Etats membres à véhiculer certaines valeurs communes et les faire effectivement respecter. Ces programmes impliquent que soient réalisées une homogénéisation et une intégration effectives des valeurs partagées au travers d'une législation sanitaire offensive (A), c'est-à-dire doublée d'un corps de règles répressives prévoyant des sanctions spécifiques afin d'en garantir l'efficacité (B).

**A – LA DIMENSION SANITAIRE DU TRAITEMENT, LES ETATS FACE
A LEUR RESPONSABILITÉ.**

Pour que la lutte contre la vénalité croissante des éléments du corps humain ait un sens il importe d'identifier précisément les sources de cette vénalité. Or, la première question qui apparaît est celle de savoir contre qui l'Europe se bat. Un bref tour d'horizon permet d'affirmer qu'elle se bat contre les systèmes non européens favorisant le phénomène mais aussi, et surtout d'ailleurs, contre elle-même et les lacunes qu'elle recense au sein de son propre espace, lacunes auxquelles s'ajoutent les préoccupations liées à l'intégration récente des nouveaux pays membres de l'Union européenne, précisément identifiés comme les terreaux de prédilection pour l'expansion du phénomène.

C'est donc la responsabilité des Etats dans la gestion de leur système sanitaire qui est directement touchée. La "marchandisation" des éléments du corps humain et, de fait, de l'individu, doit être encadrée si elle peut avoir lieu. Ceci implique nécessairement un rapprochement des valeurs occidentales entre elles, dans le cadre supranational, afin que le niveau de santé propre à chaque espace considéré puisse progresser à l'aide de ces nouvelles lignes directrices. Or, cette progression est conditionnée par la bonne compréhension des besoins et intérêts de chacun tant dans ses implications thérapeutiques (1) que pour la recherche scientifique (2). Ainsi, la législation sanitaire commune doit se faire l'arbitre impartial entre les intérêts du marché européen, première compétence des Communautés Européennes, et le respect d'un corps

de valeurs communes intangibles, raison d'être du Conseil de l'Europe, auquel la Communauté a tenu à marquer son attachement par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux.

1 – Le développement concerté de programmes d'action sanitaire, vers une bioéthique ajustée.

L'examen des niveaux de santé propre à chaque Etat européen aboutit à la constatation d'une inégalité profonde d'abord une inégalité entre les possibilités des pays, ensuite une inégalité entre les couches sociales au sein de chaque Etat ce qui annonçait le risque que, suite à l'élargissement, les disparités enregistrées se creusent davantage. Cet état des lieux sanitaire a sensibilisé les instances européennes et les a poussées à prendre des mesures. Les instances du Conseil de l'Europe et celles de la Communauté Européenne ont entamé de vastes programmes de réflexions devant déboucher sur des mesures concrètes.

Le principe qui doit gouverner en matière de politique de santé est l'équité. Or, depuis quelques temps ce principe souffre de nombreuses exceptions eu égard aux disparités évaluées entre les soins dispensés aux plus pauvres et ceux proposés aux plus riches dans les pays européens occidentaux ; cet écart se creusant à mesure que l'on prend comme référentiel des pays de moindre poids économique. Afin de mettre en œuvre ce principe d'équité, les politiques effectuent des choix prévoyant, pour chaque couche sociale, les niveaux de soins accessibles ; ainsi les inégalités d'accès aux soins et aux ressources démontrent l'existence d'une médecine à deux vitesses dont la réalité est la règle dans tous les Etats européens.

De surcroît, cette réalité est souhaitée dans le but de garantir l'accès du plus grand nombre aux soins de base et garantir un minima de niveau de santé au plus grand nombre, de sorte que les thérapeutiques particulières sont l'apanage de quelques couches sociales, les plus favorisées parmi la population à l'échelle nationale, parmi les populations à l'échelle supranationale. Une démarche politique au sein des pays dont les ressources sont limitées a induit la mise en place du système de rationnement dont beaucoup de pays s'inspirent dorénavant. Cette démarche implique que, malgré les possibilités offertes par les soins de santé modernes, le choix s'ordonne autour d'un accès égalitaire aux soins indispensables. Ceci induit donc la frustration des plus riches en attente de soins plus performants, proposés ou non par les structures de l'Etat – sinon d'un Etat voisin -, trouvant un écho favorable dans la mise en place d'un système de marché pour les thérapeutiques hors du pot commun, mouvement que poussent la recherche et l'industrie.

Dès lors, cette politique tout en s'opposant à l'exclusion sociale la renforce inévitablement dans les mentalités. Néanmoins, cette situation est inévitable, les disparités de possibilités entre Etats peuvent être compensées en totalité. Il doit donc y avoir un consensus sur le minimum accessible sur chaque territoire et un minimum qui soit d'une qualité comparable. Cet objectif est celui retenu par l'Union Européenne qui s'attache à promouvoir les libertés de circulations au sein de son espace, accompagnées des droits sociaux les plus élémentaires au nombre desquels l'accès à des soins de qualité et à une couverture sociale en tout lieu où se situe le citoyen européen, une carte européenne d'assurance maladie ayant été introduite à partir du 1^{er} juin 2004¹⁷³.

Cela dit, l'Union prévoit la situation du citoyen européen mais non celle des "non citoyens". Or, les couches sociales les plus défavorisées, migrantes et recourant peu aux soins faute de couverture sociale, sont les populations immigrées, réfugiées ou sans papiers. La politique sanitaire doit donc tenir compte de ces exclus du système qui viennent s'insérer, parfois de façon anonyme par l'utilisation de faux papiers, dans les prévisions des Etats membres et qui sont prêts, pour certains, à leurrer les systèmes en se faisant la proie des demandeurs de soins 'haut de gamme' tel que le recours à la vente d'éléments pour acquérir des avantages quelconques. Une forte implication de la politique des migrations est souhaitable. Ainsi, le Comité Economique et Social Européen (CESE) avait proposé l'ouverture d'un Forum européen de la santé qui constituerait «une plate-forme permettant aux différents acteurs de la santé de contribuer à l'élaboration de la politique de santé et de faire connaître leurs différents points de vue»¹⁷⁴.

L'impératif communautaire est d'harmoniser, de coordonner et de promouvoir les valeurs communes essentielles au maintien d'un niveau sanitaire acceptable en Europe en tenant compte des interactions entre les diverses politiques de la Communauté et de l'Union. Selon ses propres termes, « pour assurer la cohérence de la stratégie générale de la Communauté en matière de santé, il faut assurer un lien étroit entre les actions dans le cadre de la santé et les initiatives liées à la santé prises dans d'autres domaines politiques tels que le marché unique, la protection des consommateurs, la protection sociale, (...) ainsi que le traité l'exige »¹⁷⁵. Il est à noter que la

¹⁷³ http://www.europa.eu.int/pol/health/overview_fr.htm

¹⁷⁴ Union Européenne, « Stratégie en matière de santé », www.europa.eu.int

¹⁷⁵ Stratégie de la Communauté Européenne en matière de santé, Communication de la Commission, 16 mai 2000.

directive 2004/23/CE¹⁷⁶ relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains est classée parmi les textes intervenants dans le domaine de la santé ainsi que pour la protection des consommateurs, les textes à venir chargés de la compléter – notamment les textes relatifs aux tissus et cellules intégrés dans des dispositifs médicaux ; les textes relatifs aux organes ; les textes relatifs aux dispositifs destinés aux handicapés - devraient intégrer la même logique. C'est dire aussi de façon implicite que les éléments issus du corps humain, le matériel intégrant de tels éléments ainsi que certains dispositifs médicaux sont placés sur un même niveau ; ne pourrait-on pas y voir une consécration implicite du caractère vénal de tous les éléments considérés.

En outre, il apparaît indispensable que cette élaboration devrait requérir le concours des instances éthiques représentatives de chaque Etat afin d'opérer les choix adaptés à la population cible de l'Union, dans la mesure où ce choix doit aussi intégrer les besoins de deux des rouages indispensables au système que sont la recherche fondamentale et l'industrie biomédicale.

2 – Le développement concerté de programmes de recherches scientifiques, vers une bioéthique allégée.

D'une activité étatique restrictive vers une activité européenne permissive, l'incessant lobby de la recherche biomédicale a permis à celle-ci d'aboutir à des compromis importants. Ce réaménagement des règles procède de la poursuite naturelle de la stratégie de la Communauté en matière de santé publique mais aussi participe de la mise en œuvre de ses compétences économiques au travers de la consolidation du marché unique.

Ainsi, l'adoption de la Directive 98/44/CE du parlement européen et du conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques¹⁷⁷ admet la brevetabilité d'invention dont le support est un élément du corps humain mais en aucun cas l'élément lui-même¹⁷⁸. Cependant, ce brevet garantit une exclusivité à son titulaire sur l'invention qui lui permet d'exclure les autres acteurs de ses travaux et, en conséquence, du bénéfice de cette

¹⁷⁶ Directive 2004/23/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, JOUE L. 102 du 7 avril 2004.

¹⁷⁷ Directive 98/44/CE du parlement européen et du conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOCE n° L 213 du 30 juillet 1998.

¹⁷⁸ Id., Art. 5.

avancée pendant un temps déterminé ; ce qui pénalise les avancées de la recherche fondamentale en retardant la tombée de l'invention dans l'état des connaissances scientifiques. La protection de l'invention et la garantie de cette exclusion ont un prix, et la cause de celui-ci est l'acceptation, par les pouvoirs publics, d'une compensation équitable des efforts financiers et intellectuels fournis par le demandeur. Toutefois, ces avancées sont issues de l'exploitation scientifique d'un élément du corps humain, élément qui, s'il révèle une application, va immédiatement acquérir un caractère vénal et conférer ce caractère à ses homologues, naturels ou issus de l'ingénierie biologique. Pour s'en convaincre il suffit de se référer au 2) de l'article 6 de la Directive qui précise qu' « un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ».

Toutefois, « les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité (...) ne sont notamment pas brevetables : a) les procédés de clonage des êtres humains ; b) les procédés de modifications de l'identité génétique germinale de l'être humain ; c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles et commerciales (...) », selon l'article 6 de la Directive.

Les comportements de certains acteurs de la scène internationale, notamment les acteurs privés, ne doivent pas constituer une référence mais méritent d'être étudiés. Le domaine biomédical est pourvoyeur de flux économiques importants et ne doit pas se voir imposer d'entraves disproportionnées compte tenu des investissements qu'ils mettent en jeu pour l'amélioration des techniques de soins existantes et le bénéfice d'une meilleure qualité de vie y afférent. Pourtant, les règles éthiques qui encadrent les interventions et les manipulations sur le vivant en constituent une de grande envergure dans l'espace européen. Les questions qui préoccupent actuellement sont tournées sur l'utilisation des embryons par la recherche ainsi que les recherches sur le génome humain. Les substrats de ces recherches stimulent de nombreuses controverses éthiques à commencer par la question de la propriété du vivant que l'on peut aisément tirer de la possibilité de breveter ce dernier de manière de plus en plus fréquente, dont découle aussi la conséquence de patrimonialité du vivant.

Or, malgré les potentialités que recèlent les embryons au travers de leurs cellules souches, malgré les espoirs que représente la constitution de bébés médicaments pour compenser les limites de la science à l'égard d'un de ses co-latéraux ou les manipulations génétiques à but

thérapeutique, ces activités entraînent toutes la volonté de faire respecter ce matériel du fait même de sa nature. Le matériau humain doit être manipulé dans le respect des règles éthiques propre aux individus. En effet, les problèmes de la réification croissante des éléments du corps humain par ces techniques entraînent une réification parfois de la « personne future », l'embryon médicament, une fois né, est-il vu pour lui-même et/ou comme un produit de santé à usage thérapeutique pour un de ses co-latéraux ? Du même ordre de préoccupation, la question de la provenance du matériel humain ne doit pas être occultée des démarches éthiques afin de conférer une réelle authenticité au respect de la dignité humaine selon notre tradition.

Les textes européens ne posent pas d'interdiction ferme de manipuler le matériel humain, sauf à interdire « la constitution d'embryons humains aux fins de recherche »¹⁷⁹. Mais cette interdiction doit-elle s'étendre aux modes de procurement des embryons destinés à la recherche ? Il serait vain d'interdire la constitution d'embryon aux fins de recherche dans l'espace européen si les industries européennes peuvent se détourner de cette interdiction en important des embryons constitués aux fins de recherche sur un territoire où la loi le permet. De plus, lorsqu'il est impossible de dégager un consensus sur une matière, les textes renvoient aux législations propres à chaque Etat, ce qui engendre une disparité de pratiques allant parfois jusqu'à nier l'interdiction. La recherche est étroitement dépendante, pour son épanouissement, du contexte législatif. La perméabilité des milieux scientifiques des différents Etats pilotes dans ces recherches incitent les scientifiques, voire les politiques¹⁸⁰, à braver les interdits dont la sauvegarde est assurée par les juridictions.

De la sorte, il revient aux politiques de prendre leurs responsabilités. En France, la révision des lois bioéthiques a permis d'évoluer vers une position médiane entre l'interdiction, liée au rôle de la France en tant que promoteur d'éthique, et l'acceptation de la recherche sur les embryons humains et les cellules souches dérivées. Le Sénat a adopté en deuxième lecture du projet de révision des lois bioéthiques une « dérogation pour une durée de cinq ans au principe d'interdiction de la recherche sur l'embryon. Cette décision ardue s'est appuyée notamment sur le constat de l'important potentiel que représentent les cellules souches embryonnaires humaines pour les recherches à visée thérapeutique. Ces recherches avancent très vite, suscitent des espoirs immenses chez les scientifiques et chez les patients, et il nous est apparu essentiel que la France participe à l'effort international visant à explorer cette voie. Plusieurs pays européens ont déjà

¹⁷⁹ 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 biomédecine, Conseil de l'Europe, Oviedo, 4 Avril 1997, art. 18.

¹⁸⁰ MATHIEU (B.), « *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 393-394.

démarré des recherches sur des lignées de cellules souches embryonnaires humaines existantes ou sur des lignées nouvellement créées. Le Royaume-Uni vient d'annoncer le financement public de 57 projets sur les cellules souches pour un montant total de 25 millions d'euros. Le projet le plus important, en termes de budget, est la mise en place du centre de ressources de Sheffield consacré aux cellules souches embryonnaires humaines »¹⁸¹.

Sur un autre plan, les manipulations génétiques soulèvent le même type de controverses, à savoir la légitimité de l'appropriation d'une part de l'humanité permise par la brevetabilité – sachant que l'humanité n'est la propriété de personne - ou encore les enjeux pour les générations futures de manipulations sur les gènes des cellules somatiques de certaines personnes – en prenant acte de l'interdiction actuelle de thérapies géniques sur les cellules reproductrices ; l'humanité est touchée dans son essence même.

A l'échelle européenne, l'adoption de législations permissives ne s'accompagnent pas nécessairement d'un allègement des règles éthiques mais d'une novation de la finalité de celle-ci. Ainsi, pour garantir le respect de la dignité humaine, les règles de procédures, plus que les règles de fond désormais, vont traduire les préoccupations propres à la tradition occidentale des droits de l'homme. La dignité implique que si l'évolution du droit doit conduire à une atténuation des interdictions, les activités nouvellement légalisées vont devoir attester, dans un premier temps, puis rendre compte, dans un second temps, de leur observation des règles fondamentales.

L'article 16 de la Convention d'Oviedo relatif à la protection des personnes se prêtant à la recherche biomédicale prévoit qu' « aucune recherche ne peut être entreprise sur une personne à moins que [certaines] conditions soient remplies : il n'existe pas de méthode alternative à la recherche sur des êtres humains » (!!) le texte semble assimiler les êtres humains aux personnes, ce qui n'est pas le cas de nombreuses législations qui leur confèrent une étendue différente. Cela étant, « une de ces conditions pivot est que la recherche ait été approuvée par l'instance compétente après avoir fait l'objet d'un examen indépendant sur le plan de sa pertinence scientifique, y compris une évaluation de l'importance de l'objectif de la recherche, ainsi que d'un examen pluridisciplinaire de son acceptabilité sur le plan éthique. Le Conseil de l'Europe attache une attention particulière au respect de cette condition sur l'acceptabilité éthique de la

¹⁸¹ Discours du Ministre de la Santé, Intervention du Ministre au Sénat, dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la Bioéthique, 8 juin 2004.

recherche biomédicale »¹⁸². Ainsi, il est à espérer que ces règles seraient applicables à tous les êtres humains faisant l'objet de ce type de recherche et pas seulement les personnes juridiques.

Cette incertitude engage donc une nécessaire adaptation des définitions et des règles de conduite internationale en parallèle ou en complément des structures nationales existantes. Une harmonisation des règles de brevetabilité du vivant, dont l'étendue varie en fonction du continent¹⁸³ - Etats-Unis ou Europe -, et à une heure où les firmes internationales tentent de percer le marché européen en engorgeant l'Office Européen des Brevets de demandes incompatibles avec le respect du minimum éthique acceptable¹⁸⁴. Le coup de force que tente les firmes privées montrent l'intérêt économique que constitue d'une part la brevetabilité du vivant, mais aussi le marché européen considéré comme le marché de l'avenir par les économistes.

Afin de limiter les dissensions entre les conceptions opportunistes de chaque système de pensée, une proposition a été émise par les professeurs¹⁸⁵ du Collège de France en vue de la création d'un « Comité Mondial d'Éthique »¹⁸⁶ chargé de regrouper les acteurs internationaux autour des questions essentielles du moment, pour l'heure le point 4 relatif au détournement des techniques de recherches vers des applications éthiquement contestables et le point 5 concernant les incertitudes liées à la mondialisation, et qui soit « le lieu d'élaboration d'un nouveau contrat social sur l'éthique des sciences de la vie et de la santé, et de leurs applications technologiques et médicales »¹⁸⁷. Il soulève en outre qu' « une telle régulation est nécessaire pour coordonner les instruments de protection des droits fondamentaux (...) avec les règles applicables au commerce (OMC) et à la propriété intellectuelle (OMPI) »¹⁸⁸.

Une telle régulation est impérative à ce stade de décloisonnement de nos sociétés et de la vitesse d'évolution et d'adaptation des marchés, surtout occultes, aux développements de nouveaux biens et services de santé mais elle ne doit pas se substituer totalement aux initiatives nationales lorsqu'elles visent à optimiser ces mécanismes.

¹⁸² DE VEL (G.), « *Le rôle du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, p. 354.

¹⁸³ Rapport n° 20 (1999-2000) du sénateur (F.) SERUSCLAT, *GÉNOMIQUE ET INFORMATIQUE : L'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, OPECST, 13 octobre 1999.

¹⁸⁴ Avis n° 16 du GEE auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, 7 mai 2002.

¹⁸⁵ Biologistes, médecins, philosophes et juristes.

¹⁸⁶ Le Monde, *Pour un comité mondial d'éthique*, 29 janvier 2003.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

A cet égard, le projet de révision des lois bioéthiques comprend la création d'une Agence de biomédecine dont les fonctions viendraient renforcer l'action des agences de veille déjà existantes. L'Agence de biomédecine « serait chargée d'évaluer les protocoles de recherche d'un point de vue scientifique et éthique ». Cette Agence de la biomédecine et des produits de santé serait composée « de cinq départements dédiés respectivement aux médicaments, aux dispositifs médicaux, au sang, aux organes et aux tissus, à l'assistance médicale à la procréation, à la médecine embryonnaire et à la génétique humaine »¹⁸⁹. Par le biais de cette Agence, le gouvernement entend remanier les institutions sanitaires autour « de quelques pôles forts »¹⁹⁰. Dans son rapport annuel d'activité elle devra faire figurer, « outre un état des lieux d'éventuels trafics d'organes et un état d'avancement des recherches sur les cellules souches, une synthèse des recherches menées sur l'embryon et sur l'existence d'éventuels trafics de gamètes et notamment d'ovocytes (art. L. 1418-2 du CSP) »¹⁹¹.

Il est néanmoins aussi impératif de mettre en place un corps de règles de nature répressive afin d'optimiser la garantie d'un meilleur respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux.

**B – LA DIMENSION RÉPRESSIVE DU TRAITEMENT, LES ÉTATS FACE
À LEURS LIMITES.**

La vénalité croissante des éléments du corps humain a suscité une recrudescence de la criminalité individuelle ainsi que de la criminalité organisée spécialisée dans la vente d'éléments permise par la traite des êtres humains ainsi que le proxénétisme. Les rapports des instances européennes démontrent les préoccupations que l'émergence d'un tel marché peut provoquer. Face à l'impuissance des Etats à empêcher l'épanouissement de ces dérives, les acteurs internationaux se sont concertés au sein d'enceinte d'un format plus adapté à la lutte, les coopérations internationales en matière policière et judiciaire. Ainsi, au niveau de l'Union, c'est l'élaboration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui est directement mis à l'épreuve par ce phénomène, d'autant qu'il est l'espace nouvellement adopté par les réseaux parallèles pour les qualités de ses ressources et pour la facilitation des flux que son organisation même permet.

¹⁸⁹ Travaux du Sénat, projet de loi relatif à la Bioéthique (deuxième lecture), 2004.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

La lutte comprend nécessairement deux pôles en interactions, l'un tourné sur l'intérieur de l'Union, car l'abattement des frontières intérieures facilite la progression du phénomène qui profite en plus de la porosité des frontières extérieures ; l'autre tourné vers l'extérieur, car l'Union ne peut vivre en autarcie et doit s'adapter au caractère diffus du phénomène.

1 – La coopération pénale internationale

L'analyse préalable du trafic d'organes permet de donner une origine à la vénalité des éléments du corps humain. La vénalité des éléments procède naturellement de la vénalité des êtres humains, ce qui constitue, dans nos sociétés modernes, un historique commun (a). L'abolition de l'esclavage durement acquise n'a pas ôté des mentalités le sentiment de supériorité que s'arrogent certaines sociétés. Ainsi, la continuité logique de l'abolition de l'esclavage se trouve dans l'aviissement des sociétés en situation d'extrême pauvreté au profit des sociétés consuméristes (b).

a – la vénalité du corps humain, origine de la vénalité des éléments du corps humain

La novation des mœurs sociales a entraîné avec elle la novation des relations entre les personnes, ceci présuppose alors que l'efficacité de la lutte est conditionnée par l'adéquation de l'arsenal juridique avec la réalité sociale cible. Ainsi, plutôt que de se plonger dans un vaste travail d'élaboration d'instruments juridiques, les instances internationales ont préféré limiter les pertes de temps inutiles et réactualiser les instruments existants en faisant simplement évoluer les définitions des actes incriminés.

C'est au travers de son programme de réflexion que l'ONU a entrepris d'optimiser les moyens de lutte à disposition des Etats et proposé l'adoption d'une convention sur la criminalité transnationale organisée, dites COT ou convention de Palerme, notamment « assortie de protocoles contre la traite des personnes et le trafic des migrants (...) »¹⁹². La véritable progression se situe au sein même du Protocole relatif à la traite des êtres humains.

Cet instrument donne une définition originale de la traite qui traduit ce glissement de la vénalité de la personne à celle de ses éléments. Cette définition donne un contenu à la traite qui comprend : « l'exploitation sexuelle, le travail forcé, l'esclavage, la servitude et le prélèvement

¹⁹² Ministère des Affaires Etrangères, dossier : menaces non militaires, Lutte contre la criminalité organisée, 8 mars 2002.

d'organes »¹⁹³. Cette évolution s'est réalisée sous l'impulsion du Groupe de Travail sur les formes contemporaines d'esclavage, placé sous la direction de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'ONU. Le Groupe de Travail a expressément relevé qu' « il est nécessaire d'inclure dans la définition de la traite des êtres humains la notion d'incitation, qui fait ressortir l'aspect de la prostitution ou de l'exploitation sexuelle de même que la traite effectuée avec ou sans le consentement de la victime ; les autres formes d'exploitation comprennent les activités illicites de certains groupes religieux et sectes, le trafic d'organes humains, la pédophilie, les pratiques traditionnelles qui s'apparentent à l'esclavage et l'esclavage sexuel en période de conflits armés»¹⁹⁴.

Or, cette nouvelle vision de la traite est vouée à avoir des répercussions sur les instruments internationaux pertinents implicitement visés par les termes de la définition.

b – l'avilissement économique des sociétés défavorisées par les sociétés consuméristes, climat propice au maintien du statu quo

Le terreau de prédilection de la traite des êtres humains sont les pays où règne l'extrême pauvreté. Ces pays réservoirs présentent toutes les conditions favorables à l'épanouissement des réseaux de criminalité, d'une part, ils sont propices au repérage de donneurs facilement séduits, d'autre part, ils sont réceptifs à la corruption, élément pivot de la criminalité en vue de garantir le maintien du statu quo dans ces pays. Pour autant, les organisations criminelles ne peuvent se satisfaire d'une corruption sur les seuls lieux de leur commerce, elles ont tout intérêt à parasiter les systèmes venant interférer dans leurs projets, c'est-à-dire les puissances extérieures souhaitant la mise en place de réformes.

La dimension de ces trafics fait ainsi apparaître la nécessité d'une coopération internationale notamment entre les pays directement impliqués dans le phénomène – pays réservoirs, pays de transit ou pays destinataires d'éléments du corps humain issus de pratiques illicites. Cette coopération implique un engagement des Etats dans la lutte pour le bien de leurs ressortissants mais aussi un engagement vis-à-vis des autres Etats dans la mesure où leurs ressortissants peuvent être amenés à s'y rendre.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ ONU, Bilan 2000 : le système des droits humains à l'ONU, Formes contemporaines d'esclavages.

Cependant, la responsabilité de certaines puissances n'est pas à occulter. C'est par la mise en oeuvre de leurs politiques commerciales et de leurs relations extérieures que les puissances vont jouer un rôle non négligeable dans la genèse de ces viviers d'exploitation humaine. Dans son rapport 2001¹⁹⁵, la Sous-Commission suit le compte rendu du groupe de travail qui fait, selon ses propres termes, «un lien entre la pauvreté, la dette extérieure et les pratiques qui s'apparentent à l'esclavage»¹⁹⁶. Ce dernier note que «[s]'agissant de la prise en compte de la corruption et de la dette internationale en tant qu'éléments favorisant les formes contemporaines d'esclavage, les participants ont soulevé plusieurs points (...) : l'exploitation économique ; les dangers de l'espace de discussion sur Internet ; (...) ; le trafic d'organes et de tissus humains et complicité possible du personnel médical dans certains cas »¹⁹⁷.

Le Groupe de Travail préconise ainsi de conserver, comme instruments de lutte, les textes déjà existants auxquels devraient se soumettre le plus rapidement possible les Etats non encore signataires. Plus particulièrement, il entend au nombre de ces instruments : « la convention relative à l'esclavage de 1926 ; la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues de 1956 ; la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de 1949 ; le Pacte relatif aux droits économiques, civils, sociaux et culturels et le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 »¹⁹⁸. Cette précision contient, en toile de fond, un encouragement pour les Etats non signataires de ces instruments de remédier à cette carence, mais elle apparaît aussi comme une incitation pour les Etats déjà parties à prendre ces instruments davantage en considération dans leurs moyens de lutte, notamment par le biais la nouvelle définition attribuée à la traite des êtres humains. Cette formule est un gage d'harmonisation des initiatives conduites par chacun des acteurs impliqués et, en conséquence, il ressort comme une garantie d'optimisation des moyens déployés.

De plus, les instruments énumérés prennent eux-mêmes en compte des situations particulières potentiellement génératrices de ces activités. Ainsi, la déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé¹⁹⁹ prend en compte toutes les régions du monde « en proie à la répression, à l'agression, au colonialisme, au racisme et à la

¹⁹⁵ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Rapport 2001 E/CN.4/Sub.2/2001/30, 16 juillet 2001.

¹⁹⁶ ONU, Bilan 2001 : le système des droits humains à l'ONU, Formes contemporaines d'esclavages.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ ONU, Bilan 2001 : le système des droits humains à l'ONU, Formes contemporaines d'esclavages.

¹⁹⁹ Résolution 3318(XXIX) de l'Assemblée Générale des Nations Unies proclamée le 14 décembre 1974.

domination ou à la sujétion étrangère » et soulève expressément « la responsabilité [de l'ONU] en ce qui concerne l'avenir de la jeune génération et le sort des mères, qui jouent un rôle important dans la société, dans la famille en particulier dans l'éducation des enfants ». Cet instrument présente l'avantage de punir toutes les personnes impliquées « qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers »²⁰⁰. La Sous-Commission elle-même soulignait, dans son bilan 2001, la probable « implication des membres du personnel militaire et des forces de maintien de la paix de l'ONU dans les réseaux de prostitution » et même « le rôle du personnel d'aide humanitaire et des journalistes dans l'ouverture des maisons de tolérance dans les pays où ils exercent leurs activités professionnelles »²⁰¹. Ainsi, l'ONU se préoccupe des dérives que peuvent engendrer les actions humanitaires qu'elle cautionne par le biais des mandats officiels qu'elle délivre aux pays qui se portent généreusement candidats. Dans la mesure où elle a besoin de faire appel à des contingents pour mener ces opérations sur le terrain, il paraît normal que ces personnels onusiens puissent profiter de leur statut pour dévier des objectifs initiaux et traiter en leur faveur.

Les investigations de la Bellagio Task Force²⁰² porte spécifiquement sur le trafic d'organes. Le rapport émis note quatre catégories d'inégalités à l'origine d'un trafic d'organes à sens unique : « des femmes vers les hommes, des pauvres vers les riches, des noirs ou métisses vers les blancs et des pays sous-développés vers les pays développés ». Ainsi, les femmes ressortent comme étant les 'marchandises' les plus convoitées dans la mesure où elles peuvent être l'objet de divers trafics : le proxénétisme, les organisations criminelles pratiquant le trafic d'ovocytes, le commerce des mères porteuses, donc une succession d'activités offrant des potentialités de reconversions assez estimables pour les acteurs de ces commerces. Eu égard à la diversification de la demande, il n'est pas contesté qu'elles puissent être ces fameuses banques d'organes mais, dorénavant, il est encore moins exclu qu'elles puissent engendrer de tels matériaux.

Ainsi, l'Union Européenne (UE) s'est empressée d'adopter la Convention de Palerme afin de coordonner sa propre action avec les partenaires internationaux. Pour autant, elle poursuit sa propre action en Europe en coordination étroite avec le Conseil de l'Europe.

²⁰⁰ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée à New York le 9 décembre 1948 et remise à jour le 27 janvier 2002, article IV.

²⁰¹ ONU, Bilan 2001, Le système des droits humains à l'ONU, Formes contemporaines d'esclavages.

²⁰² Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organ, Bellagio Task Force, Transplantation proceedings n° 29, pp 2739-2745, 1997.

2 - L'harmonisation de la répression européenne

L'Europe est confrontée à deux phénomènes complémentaires auxquels elle doit impérativement trouver une issue. Elle est le théâtre de disparités en matière de législations tant sanitaire que répressive. Or pour que les efforts sanitaires puissent avoir une réelle incidence il est nécessaire qu'ils soient conjugués à des dispositifs répressifs.

L'Europe doit mener une campagne offensive en vue de rehausser les minima sanitaires enregistrés dans les nouveaux Etats membres. Pour ce faire, elle doit non seulement développer une politique autour de la lutte contre les exclusions mais elle doit, en outre, harmoniser les pratiques médicales sur l'ensemble de ces territoires afin de garantir des standards communs de soins. Pour autant, le chantier est de taille.

L'Europe est la nouvelle terre de prédilection en matière de trafic d'éléments du fait de l'état de santé de ses 'donneurs' et de la réunion, au sein d'un espace fécond, des conditions propres à l'épanouissement de ces activités. Aussi, en vue de mener une action cohérente sur l'ensemble de son territoire, elle a développé un projet, dit projet LARA, qui vise à prévenir et à combattre la traite des êtres humains.

L'intégration de dix Etats candidats au sein de l'UE met à rude épreuve l'espace, de liberté de sécurité et de justice. Parmi les Etats considérés certains sont répertoriés comme Etats réservoirs ou Etats de transit et, à côté de ces derniers, mais toujours hors UE, des Etats en situation identiques. Or, tous ces Etats sont membres du Conseil de l'Europe. Ce paysage confirme alors la nécessité d'assainir le continent dans le cadre d'un partenariat entre les deux institutions majeures du continent européen.

Ainsi, le projet LARA a été élaboré en vue de soutenir la réforme du droit pénal dans la lutte et la prévention de la traite des êtres humains. La mise en œuvre concrète de ce projet implique le regroupement d'experts nationaux et internationaux mandatés pour travailler sur les problèmes liés à la traite des êtres humains et l'organisation de consultations sur des points précis pour les Etats en faisant la demande « afin de les assister (...) [dans] la rédaction de lois sur la lutte contre la traite des êtres humains ». Cette impulsion prend d'autant plus d'importance que certains Etats reconnaissent ouvertement, comme la Moldavie au travers du Président de la Commission des questions juridiques du Parlement moldave, « la nécessité, pour le Conseil de

l'Europe, d'apporter une assistance juridique aux tribunaux et aux juges moldaves afin d'améliorer, dans le pays, l'application des normes juridiques européennes et internationales »²⁰³.

Ainsi, c'est tout un cadre répressif qui est à reconstruire en Europe, et en marge de l'Europe, afin de limiter la porosité des frontières extérieures et pour tenter d'endiguer la perméabilité intérieure à la circulation des acteurs et des produits du crime.

A cette fin, le Conseil de l'Europe a affirmé que trouvaient à s'appliquer tant « la Convention sur le blanchiment [concernant] tous les produits criminels, y compris ceux du trafic d'organes, et la Convention pénale sur la corruption qui couvre un grand nombre de schémas possibles de corruption, y compris la corruption des fonctionnaires publics et celle des personnes privées »²⁰⁴. Cependant, l'état des ratifications de ces instruments reste squelettique et montre la position des Etats quant à la corruption.

Au demeurant, le blanchiment des produits criminels en matière de trafic d'organes soulève quelques préoccupations : que faire des éléments du corps humain pour lesquels il existe une présomption forte d'une provenance illicite ? Un médecin n'est-il pas tenu de suspendre une opération de transplantation s'il s'avère qu'il réside une présomption forte que l'élément ait une provenance illégale. Le médecin qui ne se soumettrait pas à cette prescription et qui procéderait à l'opération finaliserait la transaction illégale ; se faisant rémunérer pour l'acte pratiqué et s'occupant du suivi médical du receveur il devient complice de la manœuvre ; enfin couvrant l'opération du secret professionnel il garantit l'impunité des contractants et entérine comme il stimule le développement de cette économie parallèle et, ce faisant, le marché duquel elle relève. Les médecins se gardent bien de dévoiler ce type d'acte ou, du moins, le font sans se mettre en porte-à-faux : sous couvert du serment d'Hippocrate²⁰⁵ ou bien d'une quelconque interprétation de l'éthique de la solidarité. De la sorte, ces médecins deviennent le pivot du blanchiment des éléments du corps humain en tant que produits d'un commerce illicite.

Malgré la volonté de ralentir la dynamique de la vénalité des éléments du corps humain, la part des intérêts particuliers en jeu est irréductible et ne peut que croître. Les systèmes de santé les plus élaborés n'ont de cesse de véhiculer des idéaux de bien-être et sont relayés dans leur message

²⁰³ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 9822 : « le trafic d'organes en Europe », 03/06/03.

²⁰⁴ Conseil de l'Europe, Trafic d'organes en Europe de l'Est, Question écrite n° 391 au Comité des ministres de Mme Pozza Tosca (CM(2001)49), 750^e réunion – 18 & 23/04/01.

²⁰⁵ « Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret ».

par la recherche et l'industrie créant, de ce fait, un système en interdépendance constante sans que la boucle de rétroaction, matérialisée par les interventions juridiques, ne parvienne à réguler le système.

La vénalité des éléments du corps humain est un fait, un acquis que les politiques finissent par accepter. Cependant, cet acquis n'est pas une fatalité. Ainsi, la raison, créant sa part de lumière, recommande d'admettre le phénomène afin de l'encadrer de manière la plus adaptée qui soit, c'est-à-dire en laissant régner le minimum d'éthique acceptable indispensable à une bonne rationalisation du système.

CONCLUSION

*" Si nos principes n'ont d'autres fondements que notre préférence aveugle,
rien n'est défendu de ce que l'audace de l'homme le poussera à faire.
L'abandon actuel du droit naturel conduit au nihilisme ;
Bien plus,
il s'identifie au nihilisme."*

L. Strauss²⁰⁶

²⁰⁶ Strauss L., Droit naturel et histoire, Flammarion, 1986.

Selon Léo Strauss on ne peut valablement vivre dans un système clos sans valeur autre que juridique. Or, toute société est hétérogène désormais et se fait le vecteur de valeurs particulières.

Ainsi, d'un point de vue extérieur, un système qui vit en autarcie et ne compte que sur ses propres progrès est un système qui se nuit, faute de recul à un moment ou à un autre de son évolution.

De même, d'un point de vue interne, un système dont les seules règles sont d'ordre juridique est un système qui s'asphyxie progressivement, il lui manque sa 'raison'.

Un système juridique n'a d'intérêt que s'il joue un rôle d'arbitre éclairé entre les impulsions sociales en conflit dans une société donnée. La substance indispensable à l'épanouissement, la crédibilité et la cohérence de la société elle-même a été, dans notre tradition juridique, la morale. Mais, la place que la morale a toujours occupée dans la régulation des rapports sociaux se trouve désormais assignée à l'éthique, concept laïc et impartial, qui détient le rôle essentiel d'évaluation des ajustements du droit positif.

Pour Ernst Bloch²⁰⁷, les droits de l'homme sont importants car ils admettent qu'il y a des choses qui ne sont pas de l'ordre du négociable, ni du justifiable. Au rang de celles-ci, les systèmes occidentaux avaient placé la liberté et l'égalité des êtres humains. Néanmoins, la valeur de ces choses a évolué au cours des temps, trahissant leur caractère relatif et leur étroite dépendance vis-à-vis des réalités sociales dominantes. Ainsi, pour rétablir un minimum de crédibilité à ces valeurs, les décideurs politiques se sont employés à adopter de nombreuses mesures inégalitaires, pour tenter de contrôler les écarts enregistrés, et ont tenté d'encadrer des libertés des uns qui s'avéraient liberticides pour d'autres.

Le souci prééminent réside dans le fait que les droits de l'homme modernes sont historiquement et culturellement situés. Ils réclament donc une atténuation ou une nécessaire réadaptation en fonction des paramètres sociaux émergents. L'échec de la promotion de la liberté et de l'égalité dans certaines régions a modifié la donne politique. Faute de pouvoir conférer une réalité tangible et homogène à ces deux valeurs en tout lieu, les pouvoirs publics se sont tournés vers le droit naturel pour subordonner ces valeurs occidentales, que l'on croyait

²⁰⁷ Droit naturel et dignité humaine, Paillot.

universelles, à une norme de référence jugée, sans conteste, universelle : la dignité de l'être humain.

Il reste désormais à voir si la nouvelle valeur phare véhiculée par les pays européens et la Cour Européenne sera davantage à la hauteur des prétentions de ces protagonistes. Cette valeur, dotée d'une forte ubiquité, permet déjà à la Cour Européenne de faire évoluer les textes de la CESDH, mais dans quelle mesure ?

L'émergence et la prolifération des marchés, légaux ou occultes, d'éléments du corps humain posent les limites de la réalité du système de protection des droits de l'homme. Dorénavant, ces limites s'analysent en terme de dignité humaine ou encore de dignité de l'humanité par certaines de ses déclinaisons.

Plutôt que de s'opposer fermement, les principes éthiques doivent s'efforcer de suivre la mouvance internationale de vénalité que favorise la dynamique des biotechnologies. Mais ils doivent le faire de manière constructive, ce qui implique que la vénalité, entrée dans les mœurs sociales, doit être reconnue ouvertement par le cadre éthique pour ensuite être admise par le juridique afin de permettre à ce dernier de s'ajuster à sa réalité sociale. Cette étape de reconnaissance par l'éthique est fondamentale pour le juridique, elle conditionne l'adaptation du système à son milieu cible, et désormais, par le décroisement des sociétés, à son environnement international. C'est donc la stabilité du système tout entier qui est en jeu.

La vénalité des éléments du corps humain est une donnée sociale. Les éléments du corps humain ont toujours été chargés de valeur et de signification. Depuis les Egyptiens jusqu'à nos jours ils ont permis de nombreuses avancées dans le domaine médical.

La régulation du phénomène ne réside pas dans le fait de savoir ce que l'on souhaite vraiment pour notre société et l'avenir des générations futures, mais bien dans ce que l'on ne veut pas. Or, ce que l'on rejette de la vénalité dans un marché parallèle aux éléments on l'accepte du système de santé. La préoccupation de la vénalité des éléments du corps humain n'est pas tant de fournir un élément à un certain prix, mais dans le fait d'accepter que, quel que soit le système de procurement choisi, l'élément en question à un prix !

Or, si on laisse faire le marché, la vénalité risque de se pervertir davantage vers un système de transmission des éléments du corps humain à diverses fins. Restent alors en latence les tentatives sous-jacentes de la constitution de droits sur tout ou partie du corps d'une personne tels que la constitution de gage pour une personne vivante ou, dans le cas d'une personne défunte, l'acquisition d'un droit de disposition sur ses éléments en tant qu'objet de legs ou de donation post-mortem vers une personne désignée, ou encore la jouissance d'un objet de succession pour ses ayants-droits.

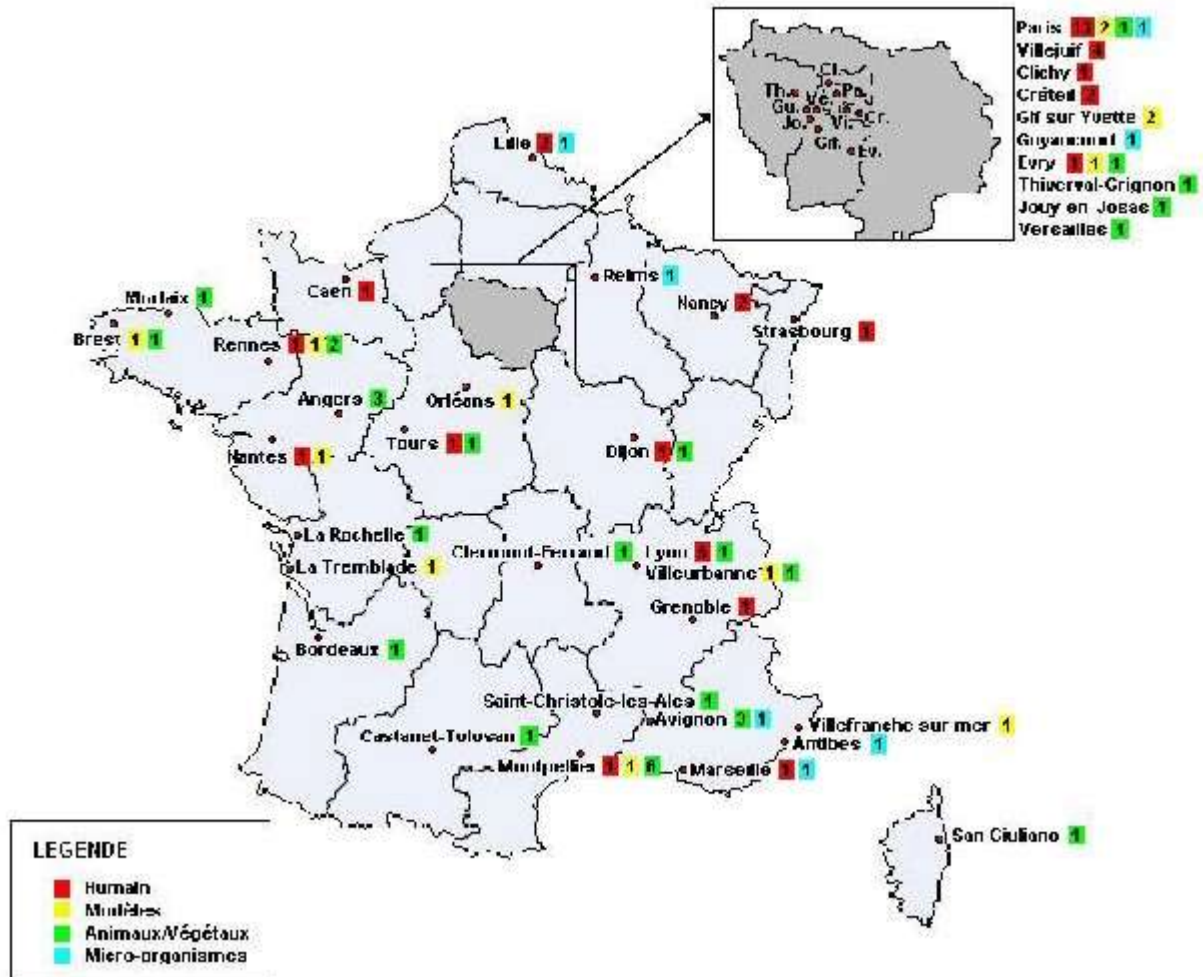
Ces dérives posent le problème du retour ou de la novation de l'ancienne contrainte par corps.

Pour tenter de couper court au phénomène, il serait souhaitable que les instances éthiques, nationales et européennes, affirment ouvertement ce qui se cache déjà dans les lacunes et les ambiguïtés de leurs textes c'est-à-dire l'existence d'une vénalité propre à chaque élément du corps humain.

ANNEXES

ANNEXE 1

Carte des Projets retenus lors d'appels à propositions liés aux Centres de ressources biologiques (CRB) en France



Définition d'un Centre de Ressources Biologiques :

Les centres de ressources biologiques (CRB) sont un élément essentiel de l'infrastructure sur laquelle s'appuient les biotechnologies. Ce sont des centres de ressources spécialisées qui acquièrent, valident, étudient et distribuent des collections d'organismes cultivables (cellules microbiennes, végétales, animales et humaines...), des parties répliquables de ces organismes (génomés, plasmides, banques d'ADNc...) et d'organismes viables mais non encore cultivables. Les CRB peuvent aussi détenir des échantillons biologiques non renouvelables : tissus, fragments de tissus, sérums... La plupart des CRB maintiennent des bases de données qui sont accessibles aux utilisateurs potentiels. Les CRB peuvent être également fournisseurs d'accès à des outils de traitement des données et à des bases de données qui contiennent des informations moléculaires et physiologiques pertinentes pour les collections. (Définition de l'O.C.D.E., Groupe de travail sur la biotechnologie).

Source : Ministère délégué à la recherche

ANNEXE 2

DONOR CRITERIA

Who can be a donor ?

The diagnosis of brain death must be established.

Medical history, age, and lifestyle (tobacco and alcohol intake) are into account.

- For **heart, heart-lung** and **lung** donation : maximum 45-50 years of age; no heavy smoker (less than 10 cigarettes/day).
- For **liver** donation: maximum 45-50 years of age; no alcoholic.
- For **kidney** donation : maximum 50-55 years of age; no high blood pressure.
- **Skin**: maximum 70-75 years.
- **Cornea** : no age limit.
- **Bone- tendon**: maximum 45 years of age.
- **Heart valves**: maximum 55-60 years of age.

Source : VAN HAELEWIJCK (B.), GENON (M.), HARDY (J.), SENEPART (I.) & VAN DER CRUYS (M.), Chapter 25 *How to Improve the Public Image of Organ Donation*, in ENGLERT (Y.), *Organs and Tissue Transplantation in the European Union, Management of Difficulties and Health Risks linked to Donors*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1re éd., 1995.

TABLE DES MATIERES

FEUILLET DE TITRE	1
SOMMAIRE	2
TABLE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE –	
L’OBJET DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN	15
Chapitre I – LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS-OBJET.	18
Section I – L’individu aux frontières de la vie juridique	19
A - L’AUBE DE LA VIE JURIDIQUE, DE LA CONCEPTION À LA NAISSANCE	21
1 - Le fœtus et l’embryon humain au regard du droit	21
<i>a - Les fœtus et embryons morts, un matériau accessible.</i>	22
<i>b – Les fœtus et embryons vivants, un matériel cessible.</i>	23
2 - Les promesses avenir des fœtus et des embryons	24
<i>a - les cellules souches embryonnaires et fœtales.</i>	24
<i>b - les embryons médicaments</i>	25
B – LE CREPUSCULE DE LA VIE JURIDIQUE, LES DÉCLINAISONS DE LA MORT	26
1 – La détermination du moment de la mort	27
<i>a – La constatation clinique de la mort</i>	27
<i>b – la provocation volontaire de la mort pour motifs médicaux</i>	28
2 – Les ressources inestimables des cadavres	29
<i>a –Les prélèvements posthumes</i>	29
<i>b –Les recherches médicales et le don du corps à la science</i>	30
<i>c - Le marché officiel aux éléments</i>	30

Section II – LE FOISONNEMENT DES BANQUES DE MATÉRIELS HUMAINS	31
A – L’ENCADREMENT PROGRESSIF DES BANQUES DE MATERIEL HUMAIN	32
1 – Les banques d’éléments du corps humain	32
<i>a – l’encadrement normatif des banques de tissus humains</i>	33
<i>b – l’intérêt réel de développer des banques de sang de cordon ombilical</i>	34
2 – Les banques de matériels et de données génétiques, biobanques et biothèques	
36	
<i>a – les sources de matériels génétiques et l’exploitation de l’information génétique identifié à partir de ces sources</i>	36
<i>b – les retombées économiques de l’exploitation du matériel génétique</i>	37
B – LES BANQUES D’ORGANES HUMAIN, ÉTAT DES LIEUX – ÉTAT DES SCIENCES	38
1 – Le problème récurrent de la conservation des organes humains	38
<i>a – l’impossibilité pratique de constituer des banques d’organes</i>	39
<i>b – le ralentissement de la dégradation progressive des organes</i>	39
2 – Les espoirs de la science, les nouvelles banques d’organes	40
<i>a – les recherches sur la synthèse artificielle d’organes fonctionnels, la relativité du pouvoir scientifique</i>	40
<i>b – les banques d’organes de substitution</i>	40
Chapitre II – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET, OBJET DE VENALITE.	44
Section I – LES CHOSES PAR ANTICIPATION	44
A – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET ET L’INVOLABILITE DU CORPS HUMAIN	45
1- La réification du corps-sujet avec consentement	46
<i>a – les personnes capables</i>	46
<i>α - Les modalités de recueil du consentement</i>	47
<i>β – Le contenu de l’obligation d’information</i>	49
<i>b – les incapacités juridiques</i>	49
<i>α - Les modalités de consentement dans les différents régimes d’incapacités</i>	50

- le recueil du consentement des mineurs non émancipés	50
- Le recueil du consentement chez les incapables majeurs	51
<i>β – Les systèmes de consentement des incapacités à l'épreuve de la réification du corps humain</i>	52
- la recherche systématique du consentement à tous les actes médicaux	53
- les dispositions légales prévoyant le consentement autonome du mineur	53
2- La réification du corps-sujet sans recueil du consentement	55
<i>a – les incapacités temporaire</i>	56
<i>b – les situations d'urgence</i>	56
B – LES ELEMENTS DU CORPS-SUJET ET LA NON PATRIMONIALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.	57
1 – La personne malade	57
<i>a – les interventions médicales</i>	58
- les pièces anatomiques recueillies suite à une activité de soin	58
- les greffes en domino et le traitement de l'organe sain remplacé	60
<i>b – les dons autologues</i>	60
<i>c – la recherche biomédicale avec bénéfice individuel direct</i>	61
2 – La personne saine	62
<i>a - les dons dans l'intérêt des tiers</i>	62
<i>b - la recherche biomédicale sans bénéfice individuel direct</i>	62
Section II – LES PERSONNES PAR FICTION JURIDIQUE	64
A – UNE PROTECTION CROISSANTE PAR LE RÉGIME JURIDIQUE DES PERSONNES	65
1 – Les appareillages médicaux, disqualification de personne par destination	65
2 - Les prothèses, personne par destination et personne par nature	66
<i>a – les prothèses amovibles, personnes par destination</i>	66
<i>b – les prothèses implantées, personnes par nature</i>	67
B – UN CARACTÈRE PATRIMONIAL INDÉNIABLE	68

DEUXIEME PARTIE –	
LES CAUSES DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN	72
Chapitre I – LES CAUSES STRUCTURELLES DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.	74
Section I – LES INCIDENCES DE LA STRUCTURE SANITAIRE SUR LA VÉNALITÉ DES ÉLÉMENTS DU CORPS HUMAIN	75
A – LA DÉTERMINATION DES MOYENS BUDGETAIRES DE LA SANTÉ	75
1 – l'évaluation financière des besoins de santé	75
2 – le coût supplémentaire de la sécurité sanitaire	78
<i>a - L'application du principe de précaution aux éléments du corps humain</i>	78
<i>b – la précaution appliquée aux matériaux</i>	80
B – LA DÉFINITION DES MOYENS MATÉRIELS DE LA SANTÉ	81
1 - la répartition des compétences entre les régions	82
2 – les limites de la sécurité sanitaire, l'absence de moyens de substitution	83
Section II – L'ORGANISATION DE LA DISPONIBILITÉ DES RESSOURCES, ESSENCE DE LA VENALITÉ	86
A – LA GESTION DES STOCKS DISPONIBLES	86
1 – l'exigence qualité des matériaux destinés à devenir produits de santé	87
<i>a – la présélection des donneurs potentiels</i>	87
<i>b – la nomenclature officielle du recueil des éléments</i>	87
2 – L'attribution des ressources thérapeutiques rares	88
<i>a - L'éligibilité aux ressources médicales rares</i>	89
<i>b – L'impartialité éprouvée de la gestion des listes d'attentes</i>	89
B – LA MOBILISATION DES RESSOURCES, INDICATEUR D'EFFECTIVITE DU SYSTÈME DE SANTE	90
1 – Deux schémas européens de la solidarité nationale	91
2 – La solidarité internationale	93
<i>a – les norme de qualité des systèmes européens</i>	93

<i>b – Les systèmes de solidarité international</i>	95
Chapitre II – LES CAUSES CONJONCTURELLES DE LA VENALITE DES ELEMENTS DU CORPS HUMAIN.	98
Section I – FACE À LA RESISTANCE DES ETATS, LA FIXATION SAUVAGE DES PRIX	99
A – LA CIRCULATION DE L’INFORMATION , UN MOYEN DE PROMOTION EPROUVE	100
1 – la diffusion d’une information particulière, la responsabilité des praticiens dans la stimulation de la demande	101
2 – la diffusion d’une information grand public, une mise en concurrence officiuse de l’offre	102
<i>a – les donneurs indépendants</i>	102
<i>b – les réseaux de criminalité organisée</i>	103
B – LE DESAVEU OFFICIEL DU MARCHÉ DE MATIÈRE HUMAINE, UNE CONDAMNATION A DOUBLE TRANCHANT.	105
1 – l’information sur les disponibilités de matériaux humains	107
2 – l’information sur la qualité des produits et des services rendus	110
Section II – LE TRAITEMENT CONCERTÉ DU COMMERCE DE MATIÈRE HUMAINE, VERS UNE LUTTE ADAPTÉE A L’AMPLEUR DU PHÉNOMÈNE	111
A – LA DIMENSION SANITAIRE DU TRAITEMENT, LES ÉTATS FACE A LEUR RESPONSABILITÉ	112
1 – Le développement concerté de programmes d’action sanitaire, vers une bioéthique ajustée	112
2 – Le développement concerté de programmes de recherches scientifiques, vers une bioéthique allégée	115
B – LA DIMENSION RÉPRESSIVE DU TRAITEMENT, LES ÉTATS FACE À LEURS LIMITES	120
1 – La coopération pénale internationale	120
<i>a – la vénalité du corps humain, origine de la vénalité des éléments du corps humain</i>	121
<i>b – l’avilissement économique des sociétés défavorisées par les sociétés consuméristes, climat propice au maintien du statu quo</i>	122

2 - L'harmonisation de la répression européenne	124
CONCLUSION	128
BIBLIOGRAPHIE	132
ANNEXES	I
ANNEXE 1 : Carte des Projets retenus lors d'appels à propositions liés aux Centres de ressources biologiques (CRB) en France	II
ANNEXE 2 : Donor Criteria	III
TABLE DES MATIERES	IV

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- ALSTON (P.) (sous la direction de), *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 983 p.
- ARSAC (P.), CHABOT (JL.), PALLARD (H.), *Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, L'Harmattan, Paris, 1999, 367 p.
- ARTHUR (R.), DURAND de BOUSINGEN (D.), *Une bioéthique pour l'Europe*, les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, 388 p.
- CHAPUS (R.), *Droit Administratif général*, Tome I, Montchrestien, Paris, 15^e éd., 2001, pp 702-712.
- CORNU (G.), *DROIT CIVIL, Introduction, les personnes, les biens*, Monchrestien, Paris, 11^e éd., 2003, pp199-232.
- DESTAIS (N.), *LE SYSTÈME DE SANTÉ Organisation et régulation*, LGDJ, Paris, 2003, 256 p.
- ENGLERT (Y.), *Organs and Tissue Transplantation in the European Union, Management of Difficulties and Health Risks linked to Donors*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1^{re} éd., 1995.
- EWALD (F.), GOLLIER (C.), DE SADELLEER (N.), *Le principe de précaution*, Que sais-je, PUF, Paris, 1^{er} éd., 2001, 126 p.
- GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2003, pp 102-146.
- GOSSEMENT (A.), « *LE PRINCIPE DE PRECAUTION, Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision de la responsabilité publique* », L'Harmattan, Paris, coll. Logiques juridiques, 2003, 527 p.
- GREWE (G.), RUIZ FABRI (H.), *Droit constitutionnel européen*, PUF, Paris, coll. Droits fondamentaux, 1^{ère} éd., 1995, 661 p.
- *Guide sur la sécurité et l'assurance de qualité des organes, tissus et cellules*, éditions du Conseil de l'Europe, Allemagne, juin 2002 (version électronique).
- KOURILSKY (P.), VINEY (G.), *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, 29 novembre 1999.
- MAJNONI D'INTIGNANO (B.), *Santé et économie en Europe*, Que sais-je, PUF, Paris, 2001, 126 p.
- MAJNONI D'INTIGNANO (B.), *Economie de la santé*, PUF, Paris, 2001, 438 p.
- MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Defrénois, Paris, éd. 2003.
- MARTENS (P.), « *Encore la dignité humaine : réflexion d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte* », in LAMBERT (P.), *Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire*, Bruylant, Bruxelles, pp 561-579.

- PALLARD (H.R.), « *L'universalisation des droits fondamentaux et l'occidentalisation de l'universalité* », in FERRAND (J.) et PETIT (H.), *Mises en œuvre des droits de l'homme, L'Odysée des droits de l'homme Tome III 'enjeux et perspectives'*, L'harmattan, Paris, 2003, pp 163-172.
- PANSIER (F.J.), JEZ (E.), *La criminalité sur Internet*, Que sais-je, PUF, Paris, 2^e éd., 2001, 126 p.
- PETTITI (L.E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.H.), *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1999, 1230 p.
- PHILIPS-NOOTENS (S.), « *Les soins de santé à l'aune de la dignité humaine* », in MARCUS HELMORS (S.), *Avancées et conflits actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, pp 271-288.
- RAUFER (X.), QUERE (S.), *Le crime organisé*, Que sais-je, PUF, Paris, 2001, 126 p.
- RENUCCI (J.F.), *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 2002, 821 p.
- ROULOT (J.-F.), *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Paris, éd. 2002, pp 121-234.
- SCILLITANI (H.R.), « *Diversité des cultures et universalité des droits de l'homme entre philosophie et anthropologie* », in FERRAND (J.) et PETIT (H.), *Mises en œuvre des droits de l'homme, L'Odysée des droits de l'homme Tome III 'enjeux et perspectives'*, L'harmattan, Paris, 2003, pp 173-182.
- Sir PETER (M.) (coordonné par), *Regard éthique - Les transplantations*, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1^{re} éd., 2003, 274 p.

ETUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *La Cour européenne des droits de l'homme à la croisée des chemins, Réflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1999 à 2002*, CDE n°5-6, 2002, pp 735-771.
- AUBY (J.-M.), « *Généralités sur le droit médical* », *Droit médical et hospitalier*, étude n° 1, 1993.
- AUVREY-FINCK (J.), *Les procédures de sanction internationale en vigueur dans l'ordre interne de l'Union et la défense des droits de l'homme dans le monde*, RTD Eur. 39(1), janv.-mars 2003, pp 1-21.
- BELANGER (M.), *Droit communautaire-européen de la santé*, RGDM n° 11, 2003, pp 235-240.
- BENOIT-ROHMER (F.), *Le particularisme du contentieux concernant les pays d'Europe centrale et orientale*, *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique* (mai -août 2002), n° 9, septembre 2002, pp 8-13.
- BERGÉ (J.S.), *Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et autonomie*, RTD Eur. 38(4), oct.-déc. 2002, pp 627-652.
- BLUMBERG-MOKRI (M.), « *La thérapie génique à l'aune européenne* », *Europe, Chronique* n° 5, juin 2001.
- BURGOGNE-LARSEN (L.), CALMES (S.), CAVALLINI (J.), PERALDI-LENEUF (F.), *Chronique de jurisprudence européenne comparée (2002)*, RDP n°4-2003, *Chronique de fond*, pp 961-1022.

- BYK (C.), *Progrès techniques et droits de l'homme : la rupture ?* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 363-386.
- BYK (C.), « *Réflexions sur le principe de solidarité* », RGDM n° 10, 2003, pp 71-80.
- CAVAILLET (H.), « *Prélèvements et greffes* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp. 567-574.
- COHEN-JONATHAN (G.), « *Progrès techniques et droits de l'homme : conclusion* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 723-744.
- DE VEL (G.), « *Le rôle du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 347-362.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Brevetabilité du vivant* », Feuilles 25, 1^{er} février 2001, pp 231-249.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Contrat médical* », Feuilles 25, 1^{er} février 2001, pp 691-714.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Médicaments* », Feuilles 30, 1^{er} octobre 2002, pp 1281-1310.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Organes humains* », Feuilles 29, 1^{er} octobre 2002, pp 1491-1516-13.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Sanctions pénales* », Feuilles 25, 1^{er} février 2001, pp 2223-2226 T.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits* », Feuilles 29, 1^{er} mai 2002, pp 2351-2380-4.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Tissus, cellules et produits d'origine humaine* », Feuilles 29, 1^{er} mai 2002, pp 2463-3494.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, étude « *Utilisation de cellules, de Tissus et produits d'embryons ou de fœtus humains* », Feuilles 21, 1^{er} octobre 1999, pp 2591-2605.
- EDELMAN (B.), *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Dalloz 1997, Chronique, pp 185-188.
- FOUASSIER (E.), VAN DEN-BRINCK (H.), *A la frontière du médicament : compléments alimentaires, alicaments, cosmétiques internes...*, RGDM n°11, 2003, pp 93-107.
- GARAY (A.), « *Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code Civil et L.1111-4 du Code de la Santé Publique* », RGDM, n°10, 2003, pp.143-165.
- GROMB (S.), « *Droit de la mort* », Droit médical et hospitalier, étude n° 37, 2002.
- HAUSER (J.), « *La vie humaine est-elle hors du commerce ?* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 19-23.
- HUSSON (C.), « *« lancer de nain » ou « lancer de nains » ? variation sur un thème* », L'Europe des Libertés, n° 11, juin 2003.

- JORION (B.), *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, RDP n°1-1999, Chronique administrative, pp 197-233.
- KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, RTD Eur. 38(1), janv.-mars 2002, pp 1-26.
- LABBEE (P.), « *L'articulation du droit des personnes et du droit des choses* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 30-33.
- LABBEE (X.), « *L'enfant conçu* », Juris-Classeur, Respect et protection du corps humain Art. 16 à 16-12, Fascicule 50, 1999.
- LABBEE (X.), « *L'embryon "ex utero"* », Juris-Classeur, Respect et protection du corps humain Art. 16 à 16-12, Fascicule 52, 1999.
- LABBEE (X.), « *L'embryon "in utero"* », Juris-Classeur, Respect et protection du corps humain Art. 16 à 16-12, Fascicule 54, 1999.
- LABBEE (X.), « *La personne, l'âme et le corps* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 5-8.
- LABBEE (X.), « *Le corps humain, objet de propriété divine ?* », Politéia n° 3, Dossier constitutionnel, 2003.
- Lamy Droit des personnes et de la famille, « *Le statut du corps humain* », étude 212, mai 2001.
- LAUDE (A.), *La traçabilité des produits de santé*, Les Petites Affiches, 8 février 2001, n° 28, p. 7.
- LECOCQ (P.-A.), « *Rapport de synthèse* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 72-79.
- LE GLOAN (J.), *L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux*, RDP n° 6-1999, pp 1765-1783.
- PETIT (Y.), *Médicament, droit français, droit communautaire et convention européenne des droits de l'homme*, Revue Europe n° 3, chronique, mars 2003.
- MALAURIE (P.), « *La bible et le droit* », RTD civ. n° 3, juillet-septembre 2000, pp 525-538.
- MALAURIE (P.), « *Respecter la vie humaine : œuvre de Dieu ou de la Nature ?* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 35-41.
- MASCRET (C.), *La loi sur les produits défectueux et les éléments et produits issus du corps humain*, Petites Affiches, 2 février 1999, n° 23, p. 15.
- MATHIEU (B.), *Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain*, RDP n° 1-1999, Chronique de fond, pp 93-111.
- MATHIEU (B.), « *De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux* », Rev. Trim. dr. h. n° 54, 2003, pp 387-401.
- MAZEN (N.-J.), « *Evolution des valeurs* », RGDM n° 10, rubrique éthique, 2003, pp 307-315.

- MASCRET (C.), « *et les "éléments ou produits issus du corps humain"* », Les petites affiches n° 23, 2 février 1999, pp 15-19.
- MASCRET (C.), « *La brevetabilité des gènes* », Les petites affiches n° 118 et 119, 15 et 16 juin 1999. pp 5-11 suite pp 4-8.
- MÉMETEAU (G.), « *Le patient consommateur et le professionnel de santé* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 52-61.
- MOUTOUH (H.), *La dignité de l'homme en droit*, RDP n°1-1999, Chronique administrative, pp 159-197.
- PELLET (R.), *Les lois de financement de la sécurité sociale*, Juris-Classeur fasc. 204, 1^{er} mars 2001.
- PICK (M.), « *La prothèse et le droit* », Les Petites Affiches, 7 octobre 1996, n° 121, pp 8-13.
- POUGHOU (J.-M.), « *L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique* », L'Europe des Libertés n°11, juin 2003, pp 3-11.
- SAINT-JAMES (V.), *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, RDP 1997, pp 457-485.
- SARGOS (P.), « *L'information du patient et le consentement aux soins* », Droit médical et hospitalier, étude n° 9, 2001.
- SETBON (M.), *Le cas du sang contaminé confronté au principe de précaution*, in KOURILSKY (P.), VINEY (G.), *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, 29 novembre 1999, Annexe 4, pp. 387-402.
- TAISNE (J.-J.), « *La protection de la vie humaine hors du droit des personnes* », Les Petites Affiches, 5 décembre 2002, n° 243, pp 25-29.

RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

CONSEIL DE L'EUROPE

- Annexe à la Recommandation 1046 (1986) Règles à respecter lors de l'utilisation et du prélèvement de tissus d'embryons et de fœtus humains à des fins diagnostiques ou thérapeutiques.
- Annexe à la Recommandation 1100 (1989) Recherche scientifique et/ou expérimentale sur des gamètes, embryons et fœtus humains et dons d'éléments de ce matériel humain, Conseil de l'Europe, 1989.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 1950, Conseil de l'Europe, CESDHLF telle qu'amendée par le protocole Additionnel n°11, novembre 1998.
- 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 biomédecine, Conseil de l'Europe, Oviedo, 4 Avril 1997.
- Dossier : Le trafic d'organes en Europe, Doc. 9822, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 3 juin 2003.

- Guide sur la sécurité et l'assurance de qualité des organes, tissus et cellules, Conseil de l'Europe, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002.
- Protocole n°6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 28 avril 1983.
- Protocole n°13 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Vilnius, 3 mai 2002.
- Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Doc. 9112 : *Une campagne contre le trafic des mineurs pour désamorcer la filière de l'Est : le cas de la Moldavie*, point n°12, Conseil de l'Europe, 5 juin 2001.
- Recommandation 1046 (1986) relative à l'utilisation d'embryons et de fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 24 septembre 1986.
- Recommandation 1100 (1989) sur l'utilisation d'embryons et de fœtus humains dans la recherche scientifique, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 2 février 1989.
- Recommandation 1160 (1991) relative à l'élaboration d'une convention de bioéthique, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 28 juin 1991.
- Recommandation N° R(97)17 sur le développement et la mise en œuvre des systèmes d'amélioration de la qualité dans les soins de santé, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 septembre 1997.
- Recommandation N° R(97)15 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la xénotransplantation, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 septembre 1997.
- Recommandation 1399 (1999) sur la xénotransplantation, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 29 janvier 1999.
- Recommandation Rec(2001)13 sur le développement d'une méthodologie dans l'élaboration de lignes directrices pour de meilleures pratiques médicales, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 10 octobre 2001.
- Recommandation 1418 (1999), Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants, Conseil de l'Europe, 8 avril 2002.
- Recommandation 1554, Conseil de l'Europe, 24 avril 2002.
- Recommandation Rec(2003)12 relative aux registres de donneurs d'organes, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 juin 2003.
- Recommandation Rec(2003)10 sur la xénotransplantation, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 juin 2003.
- Recommandation 1611 (2003) Trafic d'organes en Europe, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 25 juin 2003.
- Recommandation Rec(2004)7 sur le trafic d'organes, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 mai 2004.

- Recommandation Rec(2004)8 sur les banques de sang de cordon autologue, Comité des Ministres aux Etats membres, 19 mai 2004.
- Trafic d'organes en Europe de l'Est, Question écrite n° 391 au Comité des ministres de Mme Pozza Tosca (CM(2001)49), Conseil de l'Europe, 750^e réunion 18 & 23 avril 2001.

INSTITUTIONS FRANÇAISES

- Arrêté du Ministre de la Santé du 13 décembre 2001 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs en application des dispositions du Code de la Santé Publique, J.O. n° 296 du 21 décembre 2001, p. 20313.
- Avis n° 9 du Conseil Consultatif National d'Ethique, *Les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés*, 23 février 1987.
- Avis n° 21 du Conseil Consultatif National d'Ethique, *La non-commercialisation du corps humain*, 13 décembre 1990.
- Avis n° 74 du Conseil Consultatif National d'Ethique, *Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou en recherche*, 12 décembre 2002.
- Avis n° 77 du Conseil Consultatif National d'Ethique, *Problèmes éthiques posés par les collections de matériels biologiques et les données d'informations associées : "biobanques", "biothèques" »*, 20 mars 2003.
- Avis n° 82 du Conseil Consultatif National d'Ethique, *L'allogreffe de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffe totale ou partielle d'un visage)*, 6 février 2004.
- Avis n° 709 (2002-2003) de Mme V. Pécresse sur le projet de loi modifié par le Sénat relatif à la bioéthique, Ass. Nat., spéc. Art. 12 bis.
- Bulletin Officiel des douanes, BOD n° 6586 du 7 octobre 2003, texte n° 03-059 Taux de TVA applicables à certains appareillages et équipements spéciaux pour handicapés, article 278 quinquies du CGI et articles 30-0 B et 30-0 C de l'annexe IV du CGI.
- Code Civil, 103^e éd., 2004
- Code de Déontologie Médicale, décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995.
- Code Pénal, 2003.
- Code de la Santé Publique, 18^e éd., 2004.
- Discours de J.F. Mattéi, Ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, *Projet de Loi Bioéthique devant l'Assemblée Nationale*, 9 décembre 2003.
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, Constitution française du 04 octobre 1958.
- Discours du Ministre de la Santé, Intervention du Ministre au Sénat, dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la Bioéthique, 8 juin 2004.
- Dossier : menaces non militaires, Lutte contre la criminalité organisée, Ministère des Affaires Etrangères, 8 mars 2002.

- Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n° 117 du 21 mai 1998, p. 7744.
- Rapport n° 1407 des député (A.) CLAEYS et sénateur (C.) HURIET sur *L'application de la 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*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, 17 février 1999.
- Rapport n° 20 (1999-2000) du sénateur (F.) SERUSCLAT, *GÉNOMIQUE ET INFORMATIQUE : L'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, 13 octobre 1999.
- Rapport des député (A.) CLAEYS et sénateur (C.) HURIET (rapport n° 2198 Assemblée Nationale et n° 238 Sénat) sur *le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, 24 février 2000.
- Rapport n° 149 du sénateur (J.-P.) PLANCADE au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant l'approbation du protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique, 29 janvier 2003.
- Rapport n° 1487 du député (A.) CLAEYS sur *Les conséquences des modes d'appropriation du vivant sur les plans économiques, juridique et éthique*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, 4 mars 2004.
- Travaux du Sénat, projet de loi relatif à la Bioéthique (deuxième lecture), 8 juin 2004.
- Texte n° 63 (2002-2003) du projet de révision des Lois bioéthiques, Sénat, spéc. Art. 12 bis A nouveau, 30 janvier 2003.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES

- Bilan 2000 : *le système des droits humains à l'ONU, Formes contemporaines d'esclavages*, ONU, 2000.
- Bilan 2001: *le système des droits humains à l'ONU, Formes contemporaines d'esclavages*, ONU, 2001.
- Bilan des droits de la personne 2002, *Le système des droits humains à l'ONU, ONU Commission des droits de l'homme, Formes contemporaines d'esclavage*, 2002.
- Déclaration universelle sur le génome et les droits de l'homme, UNESCO, 11 novembre 1997.
- Déclaration universelle des droits de l'homme, Assemblée Générale des Nations Unies, 10 décembre 1948.
- Résolution 53/144 du 9 Décembre 1998, Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus.
- Résolution de la Commission des droits de l'homme 2002/27, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2002.

UNION EUROPÉENNE

- Avis n° 7 du Groupe de Conseillers pour l'éthique et la biotechnologie auprès de la Commission Européenne, *Aspects éthiques de la modification génétique des animaux*, 21 mai 1996.
- Avis n° 8 du Groupe de Conseillers pour l'éthique et la biotechnologie auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine*, 25 septembre 1996.
- Avis n° 11 du Groupe Européen d'Ethique, des sciences et de nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques des banques de tissus humains*, 21 juillet 1998.
- Avis n° 12 du Groupe Européen d'Ethique, des sciences et de nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5^{ème} programme-cadre de recherche*, 23 novembre 1998.
- Avis n° 15 du Groupe Européen d'Ethique, des sciences et de nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation*, 14 novembre 2000.
- Avis n° 16 du Groupe Européen d'Ethique, des sciences et de nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, 7 mai 2002.
- Avis n° 19 du Groupe Européen d'Ethique, des sciences et de nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, *Les aspects éthiques des banques de sang de cordon ombilical*, 16 mars 2004.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, Nice, 7 décembre 2000.
- Décision-Cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la Traite des êtres humains (2002/629/JAI), JOCE, L 203/1, 1^{er} août 2002.
- Directive du Conseil 86/609/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, 24 novembre 1986.
- Directive 98/44/CE du parlement européen et du conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOCE n° L 213 du 30 juillet 1998, pp. 13-21.
- Directive 2003/65/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 86/609/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques du 22 juillet 2003, JOUE L. 230 du 16 septembre 2003.
- Directive 2004/23/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, JOUE L. 102 du 7 avril 2004, pp. 48-58.
- Initiative de la République hellénique concernant l'adoption d'une décision-cadre relative à la prévention du trafic d'organes et de tissus d'origine humaine et à la lutte contre ce phénomène (2003/C 100/13), JOUE C 100/27, 26 avril 2003.

- Programme d'action communautaire dans le domaine de la santé publique (2003-2008), décision 1786/2002/CE du Parlement et du Conseil, JOCE L 271 du 9 octobre 2002.
- Stratégie de la Communauté Européenne en matière de santé, Communication de la Commission, 16 mai 2000.

ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE

- Déclaration sur l'Orientation Génétique et les Manipulations Génétiques, AMM, Espagne, Octobre 1987
- Déclaration sur la transplantation des tissus foetaux, AMM, Hong Kong, Septembre 1989.
- Déclaration sur l'utilisation des animaux dans la Recherche Biomédicale, AMM, Hong Kong, Septembre 1989.
- Déclaration sur les aspects éthiques de la réduction embryonnaire, l'Assemblée Générale de l'AMM, Bali, septembre 1995.
- Déclaration sur les considérations éthiques concernant les bases de données de santé, Assemblée Générale de l'AMM, Washington, 2002.
- Déclaration d'Helsinki sur les principes éthiques applicables aux recherches médicales sur les sujets humains, de l'Assemblée Générale de l'AMM, Helsinki, juin 1964, dernière modification par l'Assemblée Générale de l'AMM, Washington, 2002.
- Prise de position de l'AMM sur le don et la transplantation d'organes et de tissus humains, Assemblée Générale de l'AMM, Edimbourg, octobre 2000.
- Recommandation Rec(94)1 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur les banques de tissus humains, 1994.
- Résolution de l'Association Médicale Mondiale sur la participation du médecin à la peine capitale, Assemblée Générale de l'AMM, adoptée à Lisbonne en 1981, amendée à Edimbourg, octobre 2000.
- Résolution de l'Association Médicale Mondiale sur la non-commercialisation des éléments humains de reproduction, Assemblée Générale de l'AMM, Helsinki, 2003.

DIVERSES

- Bulletin des médecins suisses, « Xénotransplantation, entre rêve et réalité », Bülher, Sachs, Cooper, Editores Medicorum Helveticum, 2000.
- Rapport annuel 2003, Amnesty International, 28 mai 2003.
- Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organ, Bellagio Task Force, Transplantation proceedings n° 29, pp 2739-2745, 1997.

JURISPRUDENCE

- Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sur la loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.
- CE Ass., arrêt du 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, concl. P. Frydman, RFDA, v. 11, n° 6, 1995, p. 1208.
- C. Cass., Ass. Plén., arrêt du 31 mai 1991, affaires des « mères porteuses », Bull. cass. ass. plén., n° 4, Dalloz, 91.417.

THESES et MEMOIRES

- LAPORTE (S.), *Le trafic d'organes en Europe*, mémoire DEA, LECOCQ (P.A.), Lille 2, session 2003.

ARTICLES DE PRESSE

- Amnesty Internationale, Grumiau Samuel, Dossier : « Trafic des slaves, trafic d'esclaves », 1^{er} décembre 2002.
- Berkeleyan, « Program to Track Global Traffic in Organs », Patricia McBroom, November 10, 1999.
- Boston Herald, "Med Examiner's Office Has Secret Body-Parts Deal", Tom Mashberg, May 20, 2002.
- CNN ethics matters, « Organs Donation – We'll make it Worth You While », Jeffrey P. Kahn, May 3, 1999.
- Courrier de l'UNESCO, « Xénogreffe : des risques à sopeser », Amy Otchet, 2000.
- Courrier de l'UNESCO, « Esclave à 12 ans », Louise Corradini, juin 2001.
- Courrier de l'UNESCO, « Nuit d'effroi en territoire "pacifié" », Radoslaw Januszewski, 6 mars 2003.
- Foreign Correspondent, « Moldova – Organs for Sale », Sue Lloyd-Roberts, August 1st, 2001.
- Illegal Human Organ trade from Executed Prisoners in China.
- L'express, « Euthanasie : faut-il une loi ? », Chartier (C.) avec Cousin (M.), Czerwinski (N.), Stehli (J-S.), 2 octobre 2003.
- Le Monde, « Les pouvoirs publics refusent de légiférer sur le "droit de mourir" », Prieur (C.), 26 septembre 2003.
- Le Monde, « Le Conseil de l'Europe hésite à se prononcer sur l'euthanasie », Ferenzi (T.), 1^{er} octobre 2003.
- Le Monde, « Pour un comité mondial d'éthique », 29 janvier 2003.
- Le Monde Diplomatique, « DANS L'ARCHIPEL PLANÉTAIRE DE LA CRIMINALITE FINANCIÈRE - Etats, mafias et transnationales comme larrons en foire », Christian de Brie, avril 2000.

- Le Monde Diplomatique, « PROSTITUTION SANS FRONTIERES - L'Europe de l'Ouest, proxénète des femmes de l'Est », François Loncle, Novembre 2001.
- The New Internationalist, "The New Cannibalism", Nancy Scheper-Hughes, April 1998.
- The New Internationalist, "Human Organs for sale", September 14, 1998.
- Le nouvel Observateur, « Première transplantation d'utérus », 7 mars 2000.
- Le nouvel Observateur, « Le cœur sauvé par un muscle de la cuisse », 17 octobre 2000.
- Le nouvel Observateur, « Parkinson : échec d'une greffe de cellules neuronales », 8 mars 2001.
- Le nouvel Observateur, « Le cœur nouveau est arrivé », 4 juillet 2001.
- Le nouvel Observateur, « Des porcs génétiquement modifiés clonés », 4 janvier 2002.
- Le nouvel Observateur, « La fin des rejets de greffes pour bientôt », 11 juillet 2002.
- New York Daily News, « Black Market In Transplant Organs », Brian Kates, August 25, 2002.
- Organ Watch, "Social Justice, Human Rights, and Organ Transplantation", 1999.
- RFE/RL, "Iran: Guardian Council Moves to Make Donor Organs More Available", Azam Gorgin, Jamshid Zand, Charles Recknagel, December 20, 2000.
- Reuters Health, "For-Profit Tissue Banks Outside Government Control", Todd Zwillich, May 22, 2001.
- Revue de l'actualité slovaque n° 23, du 2 au 8 juillet 2000, spéc. 3 juillet 2000.
- Samizdat, M.S., « Vision de Tchétchénie – Témoignage sur une guerre (presque) oubliée », Juin 2001.
- The Sunday Times, « Dozens Killed For Body Parts », Mark Franchetti, July 29, 2001.

SITES INTERNET

- www.amnestyinternationale.fr
- www.coe.int
- www.europa.eu.int
- www.inserm.fr
- www.sante-gouv.fr
- www.unesco.org
- www.who.int
- www.wma.net