

LA PERSONNE EN SON CORPS: L'ÉCLATEMENT DU SUJET

Édith Deleury*
Ste-Foy

À la maîtrise de la matière succède aujourd'hui celle du vivant, y inclus l'être humain, dans sa dimension comme dans son identité biologique.

Face à cet éclatement du corps, devenu instrument pour la science et aussi objet d'industrie, et à la revendication de plus en plus grande de droits subjectifs, le législateur semble pris de court. En témoigne l'état du droit positif comme du droit de demain, où, transgressant les frontières entre les personnes et les choses, le corps humain oscille entre le sujet et l'objet, une différence de traitement que commanderaient à la fois les données scientifiques et les impératifs de santé publique mais qui semble tout autant gouvernée par les lois de l'économie.

Cette logique binaire qui consiste à opposer le corps humain dans sa globalité, identifié ici au sujet, au corps, envisagé cette fois dans ses composantes, qui deviendrait alors appropriable, pêche par son incohérence car elle conduit parfois à disposer du tout, i.e. du sujet, comme d'un objet. Confusion des catégories, confusion aussi des concepts, comme ceux d'inaliénabilité et d'extrapatrimonialité, erreur aussi dans l'interprétation de la notion de droit subjectif qui, sauf à nier la liberté du sujet et à voler même son identité, ne saurait autoriser ce dernier à s'ériger en objet, telles sont les conclusions auxquelles en arrive l'auteur qui analyse le statut du corps dans le Code civil du Bas Canada et le Projet de Code civil du Québec.

Today, to our control of inert matter has been added the control of living matter, including the human being in all its aspects and not only in its biological identity.

Faced with this "bursting" of the body, now a scientific tool as well as material for industry, and with increasing claims for subjective rights, the legislator seems left without an answer. As today's and tomorrow's laws show, the boundaries between persons and things being no longer clear, the human body wavers between subject and object, treated differently, it is said, when it is controlled by science or by public health needs, but as much governed, it seems, by economic considerations.

This dual logic, in which the human body taken in its totality, identified as subject, is opposed to the human body taken as parts, conceived as pieces of property, becomes incoherent because at times it ends up using the whole, that is the subject, as if it were an object. Categories are confused: concepts, such as the concept of inalienability, are also confused: there is a mistaken interpretation of the concept of subjective right which, not permitting the denial of the freedom of the person or the theft of identity, cannot allow the person to set herself or himself up as an object. The author arrives at these conclusions on the status of the body in an analysis of the Civil Code of Lower Canada and of the Draft Civil Code.

* Édith Deleury, de la Faculté de droit, Université Laval, Ste-Foy, Québec.

... En tant que personnes, nous pouvons objectiver notre corps. Nous pouvons discerner des modalités suivant lesquelles nous eussions été mieux conformés. Jusqu'ici, nos interventions ont été modestes. ... Mais à l'avenir notre capacité de contraindre et de manipuler la nature humaine selon les buts imposés par des personnes croîtra. En développant les capacités du génie génétique ... nous serons capables de former et de façonner notre nature humaine suivant des figures dessinées par les finalités choisies par des personnes. En fin de compte, ceci pourrait entraîner un changement si radical de notre nature humaine que nos descendants seraient considérés par les taxinomistes à venir comme appartenant à une nouvelle espèce. (Tristan Engelhardt**)

Introduction: Objectivation du corps et flou du droit

Longtemps considéré comme indissociable de la personne, le corps humain est aujourd'hui objectivé: c'est ainsi qu'autour du malade en état végétatif chronique—ce mort-vivant dans lequel on voit un cobaye—et de l'institution de la maternité, devenue industrie, s'articule, au nom de la connaissance et de la solidarité, un discours qui oblige à scinder la réalité corps-sujet.

Un corps qui, dans sa globalité comme dans ses composantes, apparaît aujourd'hui comme une ressource inépuisable, génératrice aussi de profits. À la vision du corps machine, succède ainsi celle du corps matériau: un corps maléable ou quasi maléable—c'est la sélection du sexe—, recyclable—c'est la greffe d'organes ou de tissus—, transformable—c'est l'interféron et tous les médicaments d'origine humaine qu'on trouve sur le marché—, voire même immortalisable—c'est la lignée cellulaire: "sang, organes, substances, protéines, enzymes, hormones, anticorps, tissus, matériel génétique ... Tout le corps de l'homme", écrit Marie-Angèle Hermitte, "est utilisé, matière première irremplaçable que l'on retraite dans l'industrie à des fins généralement thérapeutiques".¹

Si ces pratiques peuvent paraître légitimes, en raison de leur finalité, doit-on considérer pour autant que cette matière humaine, lorsque détachée du corps de la personne, devient chose et que, partant, elle échappe à la catégorie des personnes, pour entrer dans la catégorie des biens? En d'autres termes, la personne humaine pourrait-elle juridiquement se dédoubler, passer de sujet à objet, transitant de l'une à l'autre des catégories, selon qu'il s'agit de la matière ou de l'esprit?²

La question s'est posée récemment aux États-Unis lorsqu'un malade, ayant découvert l'utilisation qu'on avait faite de ses anticorps, a intenté une *action for conversion*, ce qui s'apparenterait, dans notre droit, à une

** Tristan Engelhardt, *The Foundations of Bioethics* (1986), p. 377.

¹ Marie-Angèle Hermitte, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, *Archives de philosophie du droit* (1988), T. 33, p. 323.

² L'homme serait ainsi constitué de deux parties: "un noyau original, constituant la personne et, d'autre part, un noyau protoplasmique, composé de machines matérielles, non originales et synonymes"; A. David, *Structure de la personne humaine* (1955), p. 34.

action en revendication de ses cellules.³ Elle oblige à une réflexion sur le corps et son rapport à la personne, sur les rapports entre le corps envisagé dans sa totalité et les parties qui en sont détachées.

Le fait est qu'il existe, dans le droit positif comme dans la doctrine juridique, un certain flottement autour du statut du corps humain et de la relation du sujet à son corps. Certains seraient même tentés d'affirmer qu'il y a contradiction dans l'analyse, selon que l'on se situe sur le terrain du droit public ou du droit privé.

Les privatistes, en effet, nient l'existence d'un droit subjectif de l'individu sur lui-même, alors que les publicistes affirment le droit pour tout individu de disposer de soi-même. Il y a donc, à priori, incompatibilité entre leurs propos.

Sont-ils pour autant inconciliables et ne peut-on tenter d'articuler ces deux discours? La chose n'est pas impossible, selon certains, une fois qu'on a décodé le langage dont usent les uns et les autres. En effet, si privatistes et publicistes traitent bien, tous deux, de la même question, chacun, écrit Dominique Thouvenin,⁴ l'envisage du point de vue de ses catégories juridiques.

"Pour un juriste de droit privé, le droit se définit comme une prérogative attribuée à un individu dans son intérêt, lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur", un pouvoir de vouloir selon certains.⁵ Pour un juriste de droit public, le thème renvoie à la notion de liberté, "pouvoir de faire et non pas d'exiger, des droits qui n'imposent à la société qu'une obligation négative et non pas des créances"⁶ sous réserve, ajouterons-nous, d'une volonté affirmée de la part de l'État de s'en reconnaître le débiteur.

En schématisant un peu, poursuit ce même auteur, on peut dire que les privatistes sont essentiellement préoccupés par le sort des actes juridiques passés par un individu sur son corps, autrement dit de leur licéité; tandis

³ *Moore v. Regents of the University of California*, 202 Cal. App. 3d 1405, 249 Cal. Rptr. 494 (Cal. App. 2 Dist., 1988), infirmé en partie par 271 Cal. Rptr. 146, 793 P. 2d 479 (Cal. S.C., 1990).

⁴ Dominique Thouvenin, Quand le droit prend le corps, Actes, Cahiers d'action juridique, nos 49-50 (1985), 35, à la p. 36. Voir également le Rapport du Conseil d'État, Sciences de la vie. De l'éthique au droit (1988), pp. 16 et ss.

⁵ Jean Carbonnier, Droit civil (18e éd., 1988), vol. 2, Introduction, no 161, p. 271; G. Goubeaux, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, Les personnes (1989), no 162 et ss. Une définition qui nous ramène à la notion de liberté et qui témoigne bien aussi du caractère en fait imprécis de la notion de droit subjectif. Ainsi que le souligne Alain Bernard, si "l'on en fait 'une zone de pouvoir, un secteur réservé au sujet où sa liberté peut s'exercer sans commerce', alors le droit de la personne sur son corps se ramène à un droit subjectif. Si, en revanche, on caractérise le droit subjectif en analysant sa structure—qui comprend à la fois un sujet, le titulaire du droit, et une chose, l'objet du droit—alors le deuxième élément manque": Le corps humain objet de contrat, dans R. Draï et M. Harichaux (éds.), Bioéthique et droit (1988), p. 183.

⁶ Thouvenin, *loc. cit.*, note 4, à la p. 39.

que les publicistes s'interrogent sur les espaces de liberté que l'État reconnaît aux individus. Les premiers entendent répondre à la question de la validité des actes relatifs au corps humain, les seconds mesurent le choix de l'individu sur lui-même.⁷

Il n'est donc pas certain qu'entre ces deux analyses il y ait contradiction, si l'on s'arrête à leurs fondements. Il serait alors permis de conclure que le corps humain serait tout à la fois sujet et objet, une conclusion que semble bien autoriser l'analyse de notre droit civil. Il n'est pas sûr, cependant, que, du côté des privatistes, on n'entretienne pas une certaine confusion entre l'indisponibilité du corps humain, c'est-à-dire son extracommercialité, et la notion d'extrapatrimonialité. Il n'est pas évident non plus que le droit privé soit lui-même respectueux de la liberté du sujet. C'est ce que nous tenterons de démontrer *de lege data* et *de lege ferenda*, à la lumière, donc, du droit positif et du droit de demain.

I. *Le corps humain dans sa totalité: quand le sujet transcende l'objet*

A. *De l'objet quand il est le sujet*

Du point de vue du droit civil, la réponse est claire: personne ne peut faire ce que bon lui semble de son corps puisque le corps est le support du sujet et que tous deux, dès lors, se confondent, qu'ils forment une unité.⁸

Reconnaître qu'un individu puisse être titulaire d'un droit subjectif sur lui-même conduirait de ce fait à une absurdité, sauf à admettre, le droit subjectif impliquant un lien de droit vis-à-vis une personne ou une chose, qu'un individu puisse exiger de lui-même une prestation. De même, puisque le corps humain est la personne, et non pas une chose, ne peut-il faire l'objet d'appropriation, sauf à retomber, ici encore, dans l'illogisme. De là le principe de l'indisponibilité du corps humain envisagé dans sa totalité.

Mais c'est le corps en tant que représentation de "l'être même de la personne"⁹ qui se trouve ici protégé, ce qui nous ramène à la notion de liberté. Car c'est bien la condition de femme et d'homme libres qui se profile derrière l'indisponibilité du sujet dans son corps: "[l]a liberté ne s'institue-t-elle pas par l'interdit d'y renoncer"?¹⁰

⁷ *Ibid.*, à la p. 39.

⁸ L'homme est son corps, au moins autant qu'il l'a, nous dira aussi l'éthicien: c'est par son corps, et seulement par son corps, écrit Gilbert Hottois, que l'homme est au monde, aux autres, à la valeur, soulignant cependant l'ambivalence de la notion métaphysique de la personne; Solidarité et disposition du corps humain (au-delà de la symbolique du don et de l'opérativité du marché), communication présentée dans le cadre du 2e Congrès annuel de la Société canadienne de bioéthique, Québec, 23-24 novembre 1990 (à paraître dans la Revue Dialogue).

⁹ A. Seriaux, note sous Cass. Civ. 1ère, 13 décembre 1989, J.C.P. 1990, II 21526.

¹⁰ J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou: Produire l'homme, de quel droit? (1987), p. 245; voir également le Rapport du Conseil d'État, *op. cit.*, note 4, p. 42.

Ce principe de l'indisponibilité du corps-sujet, principe d'ailleurs non écrit, dont le fondement reposerait pour certains dans l'article 1059 C.C.B.C.,¹¹ a soulevé d'importants débats au siècle dernier, à propos du contrat de travail: l'ouvrier n'était-il pas en effet assimilable à la chose louée?¹² Ce point de vue, vivement critiqué, a été rejeté car il opérait une confusion entre la prestation de services, obligation de faire, et la personne du travailleur. Il imposait, cependant, du point de vue juridique, qu'une personne ne puisse engager ses services à vie, prohibition protectrice, ici encore, de la liberté du sujet.¹³ On peut cependant se demander si cette analogie entre la chose louée et la personne du travailleur ne pourrait pas être reprise aujourd'hui à propos de l'expérimentation. Car il faut bien admettre, ainsi que l'écrit Anne Fagot-Largeault, que le sujet qui s'y prête engage sa personne même et non pas seulement une partie objectivable de soi:¹⁴

C'est le sujet entier qui accepte les risques, contraintes et astreintes du protocole. Ce sont les réactions du sujet à la situation expérimentale qui intéressent le chercheur. Certes, il peut y avoir à l'occasion de la recherche un prélèvement d'éléments détachables du corps et abandonnés à l'investigateur (prélèvement de sang ou d'un autre fluide, biopsie de tissu musculaire ou cutané, etc.). Mais ce qui importe à l'investigateur, ce n'est pas l'objet prélevé, c'est l'information qu'il en tire. Et c'est la personne entière qui s'expose au prélèvement de l'information.

¹¹ Cette possibilité d'exclure certaines choses de toute circulation entre les hommes, écrit Marie-Angèle Hermitte, remonte au droit romain où elle visait les biens sacrés, les biens publics, et tout ce qui échappait par nature à la maîtrise humaine, la mer, l'eau courante, l'air. Le corps ne faisait évidemment pas partie de l'énumération dans une société qui connaissait l'esclavage. Le corps de l'esclave ne pouvait être qu'une chose, objet licite du contrat de vente, même si l'esclave était par ailleurs une personne, relevant ainsi, selon les situations, de deux statuts. Tout l'esclavage repose d'ailleurs sur la mobilité de la distinction entre personne et chose: si, à la Révolution française, la suppression des droits féodaux put se faire sans indemniser les seigneurs, les serfs étant liés à la terre par un droit personnel, l'abolition de l'esclavage dans les colonies dut passer par un système d'indemnisation des propriétaires, le corps de l'esclave étant une marchandise; Hermitte, *loc. cit.*, note 1, à la p. 325.

¹² Ces propos d'un député français, rapportés par Dominique Thouvenin, en témoignent éloquemment: "Si le patron prend l'ouvrier à l'entrée de l'atelier en bon état, il doit le restituer intact à la sortie", au même titre que "dans le louage des choses, le locataire est tenu, lorsque le bail expire, de restituer la maison dans l'état où il l'a prise"; *loc. cit.*, note 4, aux pp. 35-36. Au nombre des auteurs qui ont soutenu cette théorie, voir, notamment, M. Saintelette, De la responsabilité et de la garantie (1884); M. Sauzet, Responsabilité des patrons envers leurs ouvriers, *Rev. crit.* (1883), à la p. 596. En droit québécois, voir l'ouvrage de J.C. Lamothe, Responsabilité du patron dans les accidents du travail (1905), pp. 16 et ss. et *McCarthy v. Thomas Davidson Manufacturing Co.* (1899), 18 C.S. 272, aux pp. 277 et ss. Sur l'analogie avec le contrat de travail, dans une perspective plus moderne, voir également M. Harichaux, Le corps objet, dans Draï et Harichaux, *op. cit.*, note 5, p. 141.

¹³ Art. 1667 C.C.B.C.

¹⁴ Anne Fagot-Largeault, Autonomie, don et partage dans la problématique de l'expérimentation humaine; communication présentée dans le cadre du 2e Congrès annuel de la Société canadienne de bioéthique, Québec, 23-24 novembre 1990 (à paraître dans la Revue Dialogue).

Il y aurait ainsi une sorte d'oblation de soi à accepter d'être connu dans une particularité intime et aussitôt dépossédé, puisqu'au regard de l'étude scientifique cette particularité a valeur générale.¹⁵

Et pourtant, le principe même de l'expérimentation sur l'humain n'est guère contesté aujourd'hui. Il apparaît même comme une nécessité.¹⁶ Son acculturation serait même si profonde que le législateur se propose d'en traiter dans la section des soins,¹⁷ ce qui témoigne d'une conception large de la notion de santé publique, dont la promotion passe par celle du progrès scientifique et qui fait aujourd'hui du médecin un savant. La personne en corps rejoint alors celle du citoyen responsable et ici solidaire du bien commun.

Cette inscription du corps dans le contrat social nous ramène ainsi au nécessaire arbitrage entre les droits individuels et les droits collectifs. Il n'est pas certain, cependant, que la médiation opérée par le législateur, où l'intérêt commun se concilie avec le respect de l'autonomie de la personne dans le cas du volontaire sain, soit aussi respectueuse du sujet de droit quand il se propose d'accorder sa caution à l'expérimentation sur les incapables.

B. Quand le sujet se fonde dans l'objet

En avilissant, à l'instar de la Commission de réforme du droit,¹⁸ l'expérimentation sans visée thérapeutique sur des personnes chez lesquelles il est

¹⁵ H. Jonas, *Réflexions philosophiques sur l'expérimentation humaine*, Cahiers de Bioéthique, no 4, Médecine et expérimentation (1982), p. 383. Certaines études, en effet, ont démontré que les sujets d'expérimentation vivaient celles-ci comme une perte de personnalité. Voir J.-L. Baudouin, *L'expérimentation sur les humains, un conflit de valeurs* (1981), 26 R.D. McGill 809, à la p. 843.

¹⁶ Sur ce point voir l'étude d'Anne Fagot-Largeault, *L'homme bioéthique, pour une déontologie de la recherche sur le vivant* (1985), et le document de travail publié par la Commission de réforme du droit du Canada, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, no 61, Série Protection de la vie (1989). Voir également L. Eisenberg, *La justification sociale de la recherche médicale, dans Médecine et expérimentation*, *op. cit.*, note 15, p. 9, et Comité consultatif national d'éthique: *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme* (9 octobre 1984).

¹⁷ Articles 20 et 21 du Projet de loi no 125, Code civil du Québec, déposé le 18 décembre 1990 (Journal des débats, 1ère Session, 34ème Législature, vol. 37, no. 97, p. 6568, cité *Projet de Code civil*). Il en est de même des dons d'organes qui, s'ils impliquent un prélèvement et, de ce fait, des soins pour le donneur, s'inscrivent plutôt dans le cadre d'un traitement prodigué au receveur: *ibid.*, art. 19. En ce sens, on aurait préféré que le législateur opère des distinctions, car ces deux dernières hypothèses s'inscrivent dans une perspective de santé publique et non pas dans le cadre de la relation strictement individuelle du patient avec son médecin.

¹⁸ *Op. cit.*, note 16, particulièrement les pages 44 à 60. La position du Conseil de recherches médicales du Canada, par contre, est plus ambiguë, une ambiguïté qui témoigne cependant plus d'un doute quant à la légalité que de la légitimité. Ce que le Conseil semble plutôt rechercher, en définitive, c'est la caution du législateur. Conseil de recherches médicales du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains* (1987), pp. 10 à 12 et 29 à 37.

impossible d'obtenir un consentement libre et éclairé,¹⁹ la loi entérine du même coup la prééminence de l'expérimental sur le thérapeutique.

Il est vrai que le *Code civil du Bas Canada* autorisait déjà l'expérimentation sur les mineurs,²⁰ mais les mineurs doués de discernement, une distinction qui n'a pas été retenue, sans doute à cause de son caractère subjectif, mais qui témoignait du souci de trouver un juste équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs. Désormais, ce sont tous les incapables, de fait comme de droit, qui seront offerts à l'autel de la recherche biomédicale, indépendamment de leur degré de dépendance ou de compréhension.²¹

Si l'on peut admettre que les uns et les autres, c'est-à-dire l'enfant mineur et la majeur inapte, puissent entrer dans un protocole lorsqu'ils peuvent en retirer un "bénéfice individuel direct",²² la recherche de la connaissance étant alors associée à l'acte de soins²³—situation qui n'en demeure pas moins ambivalente, sinon conflictuelle²⁴—, nous éprouvons beaucoup de réticence à concevoir que la vie de personnes aussi vulnérables puisse trouver un sens, en s'offrant à des investigations qui font progresser la connaissance en vue d'améliorer le sort du groupe auquel elles appartiennent.

¹⁹ Art. 21 du Projet de Code civil.

²⁰ Art. 20 *C.C.B.C.*

²¹ L'article 21 du Projet de Code civil se lit comme suit:

21. Un mineur ou un majeur inapte ne peut être soumis à une expérimentation qu'en l'absence de risque sérieux pour sa santé et d'opposition de sa part s'il comprend la nature et les conséquences de l'acte; le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du mandataire, tuteur ou curateur est requis.

Il faut de plus qu'on puisse s'attendre à un bénéfice pour la santé de la personne concernée ou pour des personnes du même groupe; dans le premier cas, l'autorisation du tribunal est nécessaire; dans le second, le projet de recherche, dans le cadre duquel l'expérimentation est effectuée, doit être approuvé par le ministre de la Santé et des Services sociaux.

Ne constituent pas une expérimentation les soins innovateurs nécessités par l'état de santé de la personne qui s'y soumet.

²² L'expression est empruntée à la loi récemment adoptée par le législateur français en matière d'expérimentation: Loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 (Loi Huriet—J.O., 22 déc. 1988), relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, telle que modifiée par la Loi no 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O., 25 janvier 1990), et entrée en vigueur le 1er janvier 1991 (Livre II bis du Code de la Santé publique).

²³ S'opposant ainsi aux soins innovateurs, c'est-à-dire une conduite thérapeutique ou diagnostique innovatrice strictement conçue pour un patient déterminé, et limitée à son cas, et où le médecin agit exclusivement en thérapeute, même si, dans un second temps, il peut en tirer pour sa propre pratique des conclusions sur l'efficacité du traitement utilisé. Sur cette question, voir le document de travail no 61 de la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 16, pp. 4 et ss.

²⁴ Conflit de rôles entre le thérapeute et le chercheur, réunis dans la même personne, conflit aussi entre le bien individuel et le bien collectif, et qui modifie la relation patient-médecin qui ici se dédouble. La décision de la Cour suprême de Californie dans l'affaire *Moore, supra*, note 3, contient des développements intéressants à ce sujet.

Certes, cette légalisation est assortie d'un certain nombre de conditions, qui se veulent des garanties contre toute forme d'exploitation de ces populations vulnérables. Il n'est pas certain, toutefois, que l'approbation du ministre de la Santé soit le meilleur gage de protection. Nous rejoindrions plutôt ceux pour qui l'autorisation du juge, autorité indépendante et impartiale, devrait être requise.²⁵

N'y a-t-il pas en outre un paradoxe à exiger aussi, dans cette même hypothèse, le consentement du représentant légal ou du titulaire de l'autorité parentale, que la loi investit d'une mission de protection²⁶ et qui leur permet par ailleurs d'exposer celui dont ils sont présumés préserver l'intérêt à des risques sans bénéfice potentiel pour lui?

Il est vrai que l'expérimentation ne pourra être entreprise qu'en l'absence de risque sérieux et que l'opposition que peut manifester l'enfant mineur ou le majeur inapte qui comprend la nature et les conséquences de l'acte sera respectée.²⁷ Mais quant à nous, la question de savoir s'il faut faire de la recherche avec des personnes incapables de consentir, dans l'espoir d'enrichir nos connaissances et, ultimement, d'améliorer leur sort, reste ouverte. Au strict plan de la légalité, il faut encore compter avec les garanties offertes par les Chartes.²⁸ Peut-être conviendrait-il aussi de rappeler que nous avons adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,²⁹ dont l'article 7 "interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale et scientifique", disposition qui, au surplus, ne souffre aucune dérogation!³⁰

D'autres pratiques viennent encore ébranler le principe de l'indisponibilité du corps-sujet. Celle des mères dites porteuses, notamment. Ici:³¹

...ce n'est pas seulement l'utérus en tant qu'organe qui est mis à la disposition du projet parental auquel la mère porteuse apporte son concours, mais son corps dans son ensemble et jusque dans ses processus chimiques qui se trouve modifié par la grossesse et qui lui fait courir en outre, un risque vital, si minime soit-il.

²⁵ Baudouin, *loc. cit.*, note 15, à la p. 844.

²⁶ Si l'on considère notamment les exigences posées à l'art. 19.3 C.C.B.C. en matière de consentement aux soins, que reprend l'art. 12 du Projet de Code civil. Voir également les articles 178 et 257 du Projet.

²⁷ On se demande cependant si l'opposition manifestée par celui qui ne comprend ni la nature ni les conséquences de l'acte aura le même effet, une question que la lecture des articles 21 et 23 laisse sans réponse.

²⁸ Le droit à l'intégrité peut-il faire l'objet d'une renonciation venant d'un tiers? La question a été posée, non sans pertinence, par le Conseil de recherches médicales du Canada, *op. cit.*, note 18.

²⁹ (New York, 1966), entré en vigueur au Canada le 19 août 1976. Voir également, dans le même sens, les Recommandations R.(83)2 et R.(90)3 du Conseil de l'Europe.

³⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 4.

³¹ Hermitte, *loc. cit.*, note 1, à la p. 331.

Qui plus est, l'exécution de ce "contrat" conduisant automatiquement à la disposition de l'enfant, la mère porteuse ne dispose plus seulement d'elle-même, mais aussi d'autrui³² et de sa liberté.³³

Ajoutons encore que cette convention, dont le but est "de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle, au moyen d'une renonciation, ... également prohibée, de droits reconnus par la loi à la future mère ...",³⁴ heurte doublement, une fois encore, des concepts d'ordre public. Sont ici en cause l'indisponibilité de l'état et la renonciation anticipée à des droits extrapatrimoniaux.

En ce sens, en reconnaître la validité, comme l'a fait la Cour d'appel de Paris au motif que "la renonciation de la mère de substitution ... résulte de sa volonté libre, qui se manifeste par son refus de reconnaître l'enfant, abstention délibérée admise par la loi",³⁵ c'est nier l'interdépendance qui peut exister entre les comportements des différents intéressés. C'est aussi faire abstraction des dispositions qui visent à empêcher l'organisation contractuelle de l'adoption et, partant, la privatisation de l'institution.³⁶

³² À supposer en effet qu'on analyse ce contrat comme un prêt d'utérus, il faudra tenir compte de l'enfant dont elle accouchera qui, lui, n'est pas un organe; Baudouin et Labrusse-Riou, *op. cit.*, note 10, p. 115.

³³ Car "l'idéologie des droits de l'homme bute, en la matière, sur le fait que "dans l'acte d'engendrement ... l'individu abstrait est à la fois partie prenante et partie prise—celui qui procrée et celui qui est procréé ... il est impossible de penser la pure individualité ni intellectuellement, ni socialement. L'individu ne peut être pensé que dans la relation à l'autre, aux autres"; Baudouin et Labrusse-Riou, *op. cit.*, note 10, p. 244, citant Françoise Héritier-Auge, L'individu, le biologique et le social, *Le Débat*, sept. 1985, no 36.

³⁴ Cass. Civ. 1ère, 13 décembre 1989, J.C.P., 1990, II. 21526, note A. Sériaux; D. 1990, 273 Rap. J. Massip; obs. J. Rubellin-Devichi (1990), 80 Rev. trim. dr. civ., à la p. 460.

³⁵ Paris, 15 juin 1990, D. 1990, à la p. 540, note Boulanger, arrêt par lequel la Cour renverse sa propre jurisprudence (Paris, 11 octobre 1988, D. 1988, I. 275), et à prendre le contrepied de celle de la Cour de cassation (*supra*, note 34): une décision pour le moins surprenante. En affirmant en effet que "l'accord conclu avec la mère de substitution ne consacre pas le don ou la cession d'une chose (ici l'enfant) qui n'est pas dans le commerce juridique, dès lors que la faculté est réservée à la mère de reconnaître l'enfant", la Cour, écrit C. Labrusse-Riou, joue sur deux catégories juridiques antinomiques—le contrat et la filiation—en validant le premier au regard des règles de la seconde: "l'arrêt aboutit (ainsi) à ce remarquable sophisme qu'un contrat de gestation pour autrui n'est valable que parce qu'il peut ne pas être respecté" (Un nouveau droit naturel: la fondation d'une famille par la procréation (à paraître)).

Pour une analyse des contrats de mères porteuses en droit québécois, voir *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants* (1986); N. Kasirer, *The Surrogate Motherhood Agreement: A Proposal Standard Form Contract for Quebec* (1985), 16 R.D.U.S. 351. Voir également le Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de la reproduction (1988), 48 R. du B. (supplément).

³⁶ Articles 135.1 à 136 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. C'est aussi la conclusion à laquelle en est venue la Cour de Cassation française qui, le 31 mai dernier, alors qu'elle était réunie en plénière, réaffirmait le caractère illicite de telles pratiques: voir J.Y.N., "La Cour de Cassation déclare illicite la pratique des "mères porteuses", *Le Monde*, 2 et 3 juillet 1991.

En d'autres termes, c'est faire impasse sur le contrat³⁷ comme sur le processus judiciaire dans lequel s'inscrit l'adoption, "vérité consensuelle et fictive",³⁸ mais qui n'est vérité que parce qu'elle tire son pouvoir de la loi.

Le législateur québécois, pour sa part, nous semble plus conséquent, puisqu'il se propose d'énoncer expressément la nullité des contrats de grossesse,³⁹ encore que cette précision n'enlève rien au flou du droit, puisqu'il sera toujours possible pour la conjointe ou la compagne du père biologique d'adopter l'enfant de ce dernier.⁴⁰ Mais c'est alors le tribunal qui décidera en fonction du seul intérêt de l'enfant, ce qui rejoint la situation qui prévaut en droit positif.⁴¹

Affirmer cependant, dans les limites que nous venons de préciser, l'indisponibilité du corps-sujet ne clôt pas pour autant le débat. Car si le corps est la personne, encore faut-il savoir ce qu'est la personne. Or les interrogations qui entourent le statut du fœtus et de l'embryon,⁴² au même titre que les prétentions de certains à l'endroit de l'enfant anencéphale⁴³ ou du malade en état de coma prolongé,⁴⁴ témoignent éloquentement du caractère imprécis de cette notion, comme elles témoignent aussi du matérialisme biologique dont est empreinte notre culture, marquée du sceau de la technologie. Mais la représentation culturelle de la personne se

³⁷ Labrusse-Riou, *loc. cit.*, note 35.

³⁸ M. Rivet, *La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois* (1987), 18 R.G.D. 843, à la p. 851.

³⁹ Art. 582 du *Projet de Code civil*.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 549.

⁴¹ Rivet, *loc. cit.*, note 38.

⁴² Encore qu'il soit permis d'affirmer que celui-ci n'est pas une personne, tant du point de vue du droit public que du droit privé (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Borowski c. R.*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sullivan*, Cour suprême du Canada, 21 mars 1991; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530), ce qui ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse être objet de droit. Voir M.A. Hermitte, *L'embryon aléatoire*, dans le *Magasin des enfants* (1990), et Commission de réforme du droit du Canada, *Document de travail no 58, Les crimes contre le fœtus* (1989).

⁴³ Pour une analyse de la question, voir G.J. Annas, *From Canada with Love: Anencephalic Newborns as Organ Donors?*, *Hasting Cent. Rep.* décembre 1987; 17:36-38; A.L. Caplan, *Should Foetuses or Infants be Utilized as Organ Donors?*, *Bioethics* 1987; 1:119-40; A.M. Capron, *Anencephalic Donors: Separate the Dead from the Dying*, *Hasting Cent. Rep.* février 1987; 17:5-9; D.A. Shewmon, A.M. Capron, W.J. Peacock et A.L. Schulman, *The Use of Anencephalic Infants as Organ Sources*, a Critique, *JAMA* (1989), 261: 1773-1781. Voir également le Supplément publié en 1988 par la *Revue Transplantation Proceedings*, *International Consensus on Anencephalic Donors*, vol. 20, no 4, Supp. 5, et le no 18 du *Hasting Center Report* (*Anencephalic Infants: A Source of Controversy*, octobre-novembre 1988).

⁴⁴ Voir, notamment, les réactions qu'ont soulevées dans la presse en France, les expériences du professeur Milhaud (*L'homme cobaye: un rejet absolu*, *Le Figaro*, 21 novembre 1985; Expérimenter pour sauver des vies humaines, *La Voie*, 27 décembre 1988), ce qui a conduit à l'avis du Comité consultatif national d'éthique du 24 février 1986, *Avis sur les expérimentations sur des malades en état végétatif chronique*.

limite-t-elle à l'image que nous en donne la science et la technique? N'y a-t-il pas d'autres valeurs à protéger? La question, nous semble-t-il, mérite d'être posée.

II. *Le corps éclaté: sujet et objet*

A. *Là où l'objet demeure dans la sphère du sujet*

Envisagé non plus dans sa globalité, mais dans ses composantes, la personne, cette entité abstraite autour de laquelle s'articule le droit, se trouve en quelque sorte dédoublée. Ils entretiennent de ce fait des rapports placés sous l'égide des droits de la personnalité. On parlera alors de démembrements de la personne, démembrements physiques dans le cas du corps, car le droit reconnaît aussi l'existence de démembrements abstraits.

Ainsi le nom, la voix, l'image, la vie privée, qui sont des modes de représentation sociale de la personne, sont protégés par le droit⁴⁵ et, quand bien même certains de ces éléments pourraient être mis en circulation,⁴⁶ ils n'en sont pas pour autant des choses.

Traditionnellement cependant, le questionnement, précédemment tourné vers l'objet, se porte ici sur la cause. On s'interroge dès lors sur la finalité, soit le but poursuivi par les cocontractants. C'est donc en référence à l'ordre public et aux bonnes moeurs, notions mouvantes, il est vrai, que s'appréciera la validité des conventions portant sur les éléments du corps humain.

Ce n'est donc plus en termes d'indisponibilité ou d'extracommercialité que les civilistes raisonnent, mais de statut particulier. Car la volonté humaine, ici, se trouve balisée, le législateur ayant encadré, avec plus ou moins de précision doit-on cependant reconnaître, les conditions auxquelles le corps, parcellisé, peut entrer dans l'échange, le seul but légitime étant alors la guérison ou l'espoir de guérison, voire la prévention des maladies ou du handicap de l'individu lui-même ou de la collectivité.

La volonté des parties, soumise à des conditions spéciales d'existence juridique, pour emprunter les termes de Mme Andrée Jack,⁴⁷ n'est plus

⁴⁵ Voir, sur ce point, É. Deleury, Une perspective nouvelle, le sujet devenu objet du droit (1972), 13 C. de D. 529, et les articles 35 à 41 du *Projet de Code civil*. Voir également sur la protection de ces représentations sociales de la personne: H.P. Glenn, Le droit au respect de la vie privée (1979), 39 R. du B. 879; H.P. Glenn, Les nouveaux moyens de reproduction audio-visuelle et numérique et les droits de la personnalité: rapport général (1986), 46 R. du B. 693; P.A. Molinari, Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français (1977), 12 R.J.T. 95; P.A. Molinari, Les nouveaux moyens de reproduction audio-visuelle et numérique et les droits de la personnalité. Rapport québécois (1986), 46 R. du B. 717.

⁴⁶ Voir, par exemple, B. Edelman, Le droit saisi par la photographie (1980).

⁴⁷ A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, [1933] Rev. crit. de législation et de jurisprudence 392, à la p. 394. Voir également L. Jossierand, La personne humaine dans le commerce juridique, D.H. 1932, chr. 1.

même créatrice autonome d'obligations, ainsi qu'en témoigne le libellé de l'article 20 C.C.B.C., repris en partie dans l'article 19 du *Projet de Code civil*, de même que les textes qui, dans le sillage de la *Loi sur la protection de la santé publique*,⁴⁸ organisent la gestion de ce matériel humain.

C'est en ce sens, donc, qu'on peut affirmer que les conventions portant sur le corps humain échappent non seulement au droit commun des obligations, mais à la qualification même de contrat. Au-delà, en effet, de ces prescriptions fixes auxquelles nous venons de nous référer, s'ajoute encore le fait que, dans la plupart des cas, un tiers vient faire écran entre le donneur et le receveur. Car le don, ainsi qu'on qualifie le plus généralement cet acte d'aliénation, est, en principe, anonyme.⁴⁹ Il est par ailleurs toujours révocable.

Cette référence au modèle contractuel a cependant une symbolique, car elle renvoie à la théorie de l'autonomie de la volonté suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, en ce sens qu'elle crée sa propre obligation.

La vision civiliste du don d'organes en termes contractuels, écrit Dominique Thouvenin, "est l'indicateur de l'impossibilité de penser le corps humain et ses composantes autrement qu'en termes de volonté libre. Ce que signifient avec force les privatistes, c'est qu'on ne peut contraindre un individu à se dépouiller de lui-même".⁵⁰

Se profilent donc ici encore les valeurs qui sous-tendent la représentation que l'on se fait de la personne, car, en définitive, ce n'est que lorsque l'atteinte au corps entraîne une atteinte à ces valeurs que le droit civil la prend en considération.

⁴⁸ L.R.Q., c. P-35.

⁴⁹ Ce qui, au plan éthique, transforme sa symbolique en rhétorique. Hotois, *loc. cit.*, note 8, écrit que le don est:

... l'opposé d'une pratique anonyme et impersonnelle et c'est pour cela qu'il préserve—ou augmente—la valeur du donné, de celui qui donne et de celui qui reçoit ... Il est un acte singulier par lequel une personne, à partir de sa plus grande singularité vise une autre personne dans sa plus grande singularité. Et ces personnes doivent être libres. Libres de donner et de recevoir.

(Or) l'organisation des prélèvements et du transfert d'organes, de tissus et de gamètes, tout en continuant d'user du vocabulaire du don, se place de plus en plus sous le signe de l'anonymat ("donneurs" et "receveurs" ne peuvent se connaître), de l'impersonnel et de l'abstrait (on fait don à la science, à la société, à l'humanité) ... ce qui est donné est de plus détaché, techniquement isolé de la relation dative et du même coup complètement objectivé. Le comble de la confusion sémantique est atteint lorsque les "dons" de gamètes ou d'organes, voire d'embryons, sont appelés à transiter par des "banques".

Sur la façon dont les donneurs eux-mêmes vivent le don, voir l'intéressante enquête menée par le Centre universitaire de recherches administratives de Picardie, dont les résultats sont présentés par Bernard, dans Drai et Harichaux, *op. cit.*, note 5, p. 148.

⁵⁰ Thouvenin, *loc. cit.*, note 4, à la p. 38.

C'est en ce sens donc qu'il est permis d'affirmer que l'analyse des civilistes et celle des publicistes convergent et même se complètent. Du point de vue des civilistes cependant, il conviendrait de renoncer à inscrire la problématique dans le cadre strict du contrat, pour l'aborder plutôt sous l'angle des droits de la personnalité, ainsi que nous le propose le législateur dans son *Projet de Code civil*.⁵¹

On notera également qu'en articulant ce statut du corps dans le nouveau Code civil, statut dont il avait déjà dessiné les contours à l'occasion de modifications apportées en 1971,⁵² le législateur a fait de la gratuité une condition impérative,⁵³ lui redonnant ainsi une cohérence, car les droits de la personnalité sont, par essence, des droits extrapatrimoniaux. Nous en revenons donc ici à nos prémisses, c'est-à-dire à la confusion préalablement dénoncée entre extracommercialité et extrapatrimonialité.⁵⁴ Ce faisant, il se trouve à garantir la liberté du consentement, elle-même garante de la liberté du sujet, une liberté cependant menacée par notre droit positif et qui, sous d'autres aspects, n'est peut-être pas plus protégée par le droit de demain.

B. Là où l'objet transcende le sujet

En distinguant en effet entre les parties du corps, celles qui sont régénérables de celles qui ne le sont pas, comme le fait l'article 20 *C.C.B.C.*, et en permettant que l'aliénation, dans le premier cas, puisse être consentie à titre onéreux, on fait que celles-ci échappent au regard du sujet et partant, deviennent choses, basculant ainsi dans la catégorie des biens.

Il est vrai qu'à l'époque, on n'a peut-être pas mesuré dans toute leur amplitude les conséquences qui pourraient résulter de cette distinction, ce qui incite d'ailleurs à tempérer les ardeurs de ceux qui voudraient faire du droit l'instrument de la rationalité scientifique. Car en introduisant ici la dimension économique et en soumettant indifféremment aux lois du marché la peau, le sang, la moëlle, le matériel génétique et les phanères, au motif que le bénéfice escompté l'emporte ici sur le risque encouru (leur prélèvement n'affectant pas ou peu l'intégrité physique de l'individu), on a abandonné l'idée de solidarité, c'est-à-dire la dimension philanthropique

⁵¹ Articles 3, 10 à 49 du *Projet de Code civil*. Pour une analyse théorique des droits de la personnalité, voir P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques* (1971), 69 Rev. trim. dr. civ. 445.

⁵² *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, C-84, articles 2 à 5, introduisant les articles 19 à 22 *C.C.B.C.* Pour un commentaire, voir Deleury, *loc. cit.*, note 45.

⁵³ Article 24 du *Projet de Code civil*.

⁵⁴ Voir, en ce sens, J.-C. Galloux, *Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français* (1980), 30 C. de D. 1011, particulièrement aux pages 1015 à 1020; R. Nerson, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil* (1970), 68 Rev. trim. dr. civ. 661, à la p. 676.

qui fondait la légitimité de l'acte et, partant, sa licéité. Du même souffle et toujours avec la même inconscience, on a assujéti l'enfant et, par voie de conséquence, la parentèle, aux lois de l'offre et de la demande.

De là peut-être cette image de l'enfant prothèse—entendue ici dans son propre sens comme dans son sens figuré⁵⁵—, avec cependant cette différence que, si le sperme et l'ovocyte, ravalés au rang de médicaments, peuvent, théoriquement, être vendus (encore que ce soit plus douteux dans le cas de l'ovocyte), l'enfant issu de la conjonction de ces deux gamètes, lui, ne peut pas être acheté. Il n'en reste pas moins qu'il demeure dans l'échange et que, ce faisant, on se trouve à disposer de lui comme d'un objet.⁵⁶ Un objet dont on s'autorise aussi à définir les paramètres, puisqu'on dispose, consensuellement, tout à la fois de son état et de son identité.

1. *Un sujet qui n'est plus institué*

Entre le don d'embryon et le don de gamètes, la marge, il faut bien l'avouer, est étroite et la différence, s'il en est, relèverait plutôt de la temporalité. Car l'un conduit bien—il en est même la raison d'être—à la production de l'autre, transformant du même coup la filiation "en un objet de droits subjectifs et non plus en l'institution de relations juridiquement organisées".⁵⁷ Ceux et celles qui disposent de leurs forces génétiques ne renoncent-ils pas en effet à l'établissement du lien qui les unit à l'enfant pour consentir, dans la même foulée, à l'établissement d'une filiation doublement mensongère puisqu'elle prendra figure de filiation charnelle, alors qu'elle est en fait une filiation élective, quand bien même on arguerait de l'existence d'un lien biologique, comme dans le cas de l'insémination artificielle, entre l'enfant et l'un de ses deux parents?⁵⁸

⁵⁵ Car le but poursuivi, ainsi que l'écrit G. Delaisi de Parseval, *L'enfant prothèse*, Le Supplément, no 34, sept. 1996, à la p. 47, est bien de corriger un handicap, de réhabiliter une fonction, avec le risque cependant de produire des enfants thérapeutiques, i.e. des enfants destinés à colmater les plaies du narcissisme parental.

⁵⁶ Pierre Raynaud, *L'enfant peut-il être objet du droit*, D. 1988, Chr. XVI, écrit que les contrats conclus entre le médecin inséminateur et le couple receveur apparaissent comme des contrats d'entreprise ou de fourniture dans lesquels l'enfant est un produit industriel ou un objet à fabriquer plus qu'une personne.

⁵⁷ Baudouin et Labrusse-Riou, *op. cit.*, note 10, p. 244.

⁵⁸ Il convient cependant de souligner que le donneur, en l'état actuel du droit, n'est aucunement protégé contre une éventuelle action en réclamation d'état de la part de l'enfant dont le mari de la mère n'aurait pas consenti à l'insémination ou dont la mère ne serait pas mariée, une possibilité qui demeure néanmoins largement théorique. Il faudrait en effet que les dossiers du donneur soient facilement accessibles; or ceux-ci ne sont pas même centralisés et l'on peut encore prétendre qu'ils se trouvent protégés tant par la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* que par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, sans compter la protection garantie par l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et la *Loi médicale*. Sur ce point, voir B.M. Knoppers, *Vérité et information de la personne* (1987), 18 R.G.D. 818, aux pp. 835 et ss.

En ce sens, les dispositions introduites en 1980 au chapitre de la filiation par le sang, dans le sillage de la réforme du droit de la famille et dont relève précisément ce dernier cas de figure,⁵⁹ s'articulent plutôt mal avec le critère de la vérité biologique, érigé en principe fondamental⁶⁰ et qui délimite aujourd'hui les frontières de l'indisponibilité de l'état: "attribuer à chacun le sien, à chaque être humain son vrai rapport de filiation",⁶¹ tel est bien l'objectif que semblait alors poursuivre le législateur. La formule, empruntée à Carbonnier, montre bien que "ne pas disposer de la filiation de l'enfant, c'est avant tout oeuvrer pour que l'enfant soit juridiquement rattaché à ses auteurs et élevé par eux toutes les fois que cela est possible",⁶² même si l'on sait que l'objectif ne sera pas atteint à 100 pourcent.⁶³

En ajoutant, comme il le propose, un chapitre III au Titre de la filiation et en introduisant, parallèlement à l'adoption, une nouvelle forme de filiation élective⁶⁴ où la technique se fait à la fois complice et instrument de la volonté des parties, le législateur redonne ainsi au droit une cohérence qui s'accommodait mal du privilège accordé à la "vérité conjugale"⁶⁵ du couple infertile, au chapitre de la filiation par le sang.

⁵⁹ Articles 586 et 588 C.C.Q.

⁶⁰ Sur ce point voir, notamment, M.A. Longtin, *Les lignes de force de la loi 89 instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (1981), 22 C. de D. 297; M. Pratte, *La présomption de paternité, complice ou rivale de l'acte de naissance?* (1986), 17 R.G.D. 663; M. Pratte et E. Monjal, *Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois* (1987), 18 R.G.D. 421; Rivet, *loc. cit.*, note 38.

⁶¹ J. Carbonnier, *Essais sur les lois* (1979), chap. 6 (La Filiation), p. 106.

⁶² P. Murat, *Procréations artificielles et droits de l'enfant*, texte présenté dans le cadre des entretiens juridiques organisés par la Faculté de droit de l'Université de Lyon III, le 11 octobre dernier, et qui sera publié dans le prochain numéro de la *Revue de droit sanitaire et social*.

⁶³ Pour aligner parfaitement le droit sur les données biologiques, écrit Danielle Huet-Weiller, "il faudrait . . . subordonner la contestation de n'importe quelle filiation à un contrôle préventif, ou tout le moins ouvrir très largement les actions tendant à discuter la filiation et réduire l'ensemble des contentieux en la matière à des confrontations d'experts". Or le législateur québécois, pas plus que le législateur français, n'est allé aussi loin. La loi n'institue pas en effet, du moins pour le moment, de contrôle préalable des actes—"actes de naissance ou de reconnaissance"—qui constatent la filiation. Il en ira différemment par contre pour l'acte de naissance qui, lorsque le Code civil du Québec entrera en vigueur, sera dressé sur présentation d'un constat de naissance, complété par l'accoucheur: *Projet de Code civil*, arts. 111 à 115.

Par ailleurs, le Code limite et limitera toujours, semble-t-il, le nombre de personnes qui sont recevables à exercer les actions relatives à la filiation et soumet ces actions à la prescription trentenaire, quand ce n'est pas à un délai plus court: Vérité biologique et droit de la filiation, le droit français, dans *Droit de la filiation et progrès scientifiques* (1986), p. 10.

⁶⁴ *Projet de Code civil*, arts. 579 à 583.

⁶⁵ L'expression est de Rivet, *loc. cit.*, note 38, à la p. 849.

À chaque type de filiation correspondront désormais des règles spécifiques et la volonté de chacun des intervenants tirera son pouvoir, non plus de sa volonté pure, mais de la loi.

Certains juristes s'accommoderont peut-être mal du caractère hybride que présenteront désormais les procréations médicalement assistées, notamment lorsqu'il est fait appel à un don de gamètes, puisqu'elles demeureront conçues en termes de filiation charnelle tout en appartenant, incontestablement, à l'ordre des filiations volontaires. Ils préféreraient sans doute la voie, plus conforme à la vérité, de l'adoption.⁶⁶ Mais ce formalisme ne conduirait-il pas à alourdir le processus de l'adoption et celui, déjà fort encombré, des tribunaux? Il faut admettre, par ailleurs, que bien souvent, dans les faits, la filiation ainsi établie se situe à mi-chemin entre les deux modèles, l'enfant, le plus souvent, ayant au moins un lien biologique avec l'un de ses deux parents.

Il en va différemment, par contre, du double don de gamètes, cette nouvelle forme de "dépôt à usage social"⁶⁷ qui risque d'engendrer, dans son sillage, des conséquences inacceptables et dont la légitimité semble pourtant déjà consacrée au nom d'une logique juridique et médicale à courte vue.⁶⁸ Car il existe bien une différence ontologique entre le don simple et le double don, ce dernier conduisant inéluctablement à la production d'embryons et, partant, à la réification de l'enfant.

On aura beau prétendre qu'en supprimant la dimension mercantile on a, du même coup éliminé le risque, pour ne pas dire le spectre, d'une forme de libre échange de la reproduction, on n'a cependant pas éliminé pour autant celui de l'institutionnalisation d'un marché, certes non rémunéré, ni celui de la fabrication d'enfants "à la carte", c'est-à-dire d'enfants programmés et parfaits.⁶⁹

⁶⁶ En ce sens, voir J. Rubellin-Devichi, Procréations assistées et filiation (1987), 86 Rev. trim. dr. civ. 725, à la p. 729; M. Gobert, Les incidences juridiques des progrès des sciences biologiques et médicales sur le droit des personnes, dans Génétique, procréation et droit (1985), Actes Sud. 161, p. 195; Murat, *loc. cit.*, note 62; P. Kayser, Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée, D. 1989, Chr. XXIX; Les contrats relatifs à la procréation artificielle, D. 1987, p. 193.

⁶⁷ G. Cornu, Droit civil, La Famille (1984), p. 423.

⁶⁸ Voir notamment le Rapport du Comité du Barreau sur les nouvelles technologies de la reproduction, *op. cit.*, note 35, p. 22, où nous avons cependant demandé à inscrire notre dissidence.

⁶⁹ Baudouin et Labrusse-Riou, *op. cit.*, note 10, p. 197 écrivent:

Sans aller jusqu'au meilleur des mondes d'Huxley, la congélation des cellules germinatives facilite désormais un empire naissant sur la nature en permettant de reporter la fécondation et l'implantation à un temps propice ou de convenance pour les parties. De cette façon, la congélation, suivie de fécondation *in vitro*, permettra non seulement de diminuer ou d'éliminer les hasards de la conception (par le biais des manipulations génétiques), mais aussi de supprimer l'ordre naturel et que tous pensaient immuable des générations.

Il est fort à craindre que cette ouverture n'engendre une autre forme d'exploitation, celle des femmes⁷⁰—exploitation économique tout autant que physique⁷¹—, réduites ici encore à l'état d'instrument⁷² au même titre que l'enfant, dont on promet pourtant l'intérêt, devient tout à la fois le moyen et la fin, une confusion qui relève du paradoxe et qui interroge aussi l'esprit gestionnaire dont semble être imprégné le droit.

Un droit qui semble avoir oublié qu'instituer, c'est aussi "nouer le biologique, le social et l'inconscient".⁷³ Or ces pratiques bouleversent aussi tout un ordre symbolique, celui de l'inscription de l'enfant dans une généalogie, celle de l'inscription du sujet dans une histoire, qui est à l'origine de l'identité. La question ici n'est plus alors de savoir "qui est à qui", mais plutôt de dire "qui est de qui".⁷⁴

2. *Un sujet sans identité*

Ne prenons-nous pas en effet des risques en présumant que des sujets aussi "éclatés dans leurs références humaines"⁷⁵ vivront sans ambivalence celle de leurs origines?

Il est vrai que l'on sait encore peu de choses sur ces enfants "artificiels"⁷⁶ et qu'on n'en saura probablement rien de concluant et de sérieux avant ving-cinq ans, c'est-à-dire quand ils auront eux-mêmes procréé.⁷⁷ Il est

⁷⁰ Voir notamment l'article de L. Vandelac, *La face cachée de la procréation artificielle*, *La Recherche*, vol. 20, no 213, sept. 1989, p. 1112.

⁷¹ Car la cueillette de leurs forces génétiques n'est pas sans risque, contrairement à celle des gamètes masculins. Voir Renate Klein, *When Medicalisation Equals Experimentation and Creates Illness: The Impact of the New Reproductive Technologies on Women*, dans *Sortir la maternité du laboratoire*, Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction, Montréal, 29-31 octobre 1987, Conseil du Statut de la femme, Québec, 1988, p. 103.

⁷² Pour une analyse critique de ces techniques dans une perspective féministe, voir notamment M. Eichler, *New Reproductive Technologies: Their Implications for Women* (1986), R.D.F. 13; M.A. Ryan, *The Argument for Unlimited Procreative Liberty: A Feminist Critique*, *Hasting Center Report*, vol. 20, no 4, juillet/août 1990, p. 6; L. Vandelac, *L'économie des femmes?*, *Cahiers de recherche sociologique*, vol. 4, no 1, avril 1986, p. 16; plus globalement, voir C. Overall, *Ethics and Human Reproduction: A Feminist Analysis* (1987), ainsi que le volume 1, no 2 de la *Revue La Femme et le Droit / Canadian Journal of Women and the Law* (1986), consacré à cette technologie.

⁷³ P. Legendre, *L'inestimable objet de la transmission, étude sur le principe généalogique en Occident*, *Leçons IV* (1985).

⁷⁴ J.-L. Baudouin, *La vérité dans le droit des personnes, aspects nouveaux* (1987), 18 R.G.D. 801, à la p. 811.

⁷⁵ Baudouin et Labrusse-Riou, *op. cit.*, note 10, p. 243.

⁷⁶ Et pour cause, car encore faut-il pouvoir les retracer! Voir *supra*, note 58.

⁷⁷ Delaisi de Parseval, *loc. cit.*, note 55, à la p. 48. L'auteure a cependant elle-même observé un certain nombre d'enfants issus de ces techniques et dégagé quelques pistes qui incitent pour le moins à la prudence. Voir également de la même auteure, *Procréation artificielle et intérêt de l'enfant*, *Études*, vol. 37, no 2, février 1989, p. 173; *Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi*, *Esprit*, no 156, novembre 1985, p. 86; L. Clement

vrai également que leur situation n'est pas totalement comparable à celle des enfants adoptés.⁷⁸ Mais il n'en partagent pas moins avec eux le problème que soulèvent les secrets de famille.⁷⁹ Ce sont des enfants à problèmes de filiation, des enfants "habités par des tiers",⁸⁰ des enfants pour lesquels il existe donc, pour emprunter le langage des pédopsychiatres, des cliniques de référence,⁸¹ des enfants qui, en ce sens, partagent le même risque, celui d'un "irrèpérage"⁸² parental et sur qui le secret peut exercer le même effet pathogène.⁸³

Le même secret, écrit David Widlöcher, pourra constituer une valeur très positive de vie pour un couple et avoir des effets désastreux pour un autre: ceci tient à des différences d'ordre éthique, mais aussi à la manière dont le secret intervient dans l'activité psychique des individus et dans les relations entre individus. L'enfant peut être étouffé et détruit par un secret parental qui nourrit la culpabilité et l'absence de pensée. Mais un couple de parents ne saurait étaler tous ses secrets, et il y a souvent une violence faite à l'enfant par l'aveu de vérités trop difficiles à partager. Ne demandons pas au psychologue d'édicter des vérités générales qui guideraient

et A. Houet, L'enfant conçu par IAD, entre ses parents et la médecine, Sciences sociales et santé, vol. 6, no 2, juin 1988, p. 31; Les enfants des couples stériles, Collectif (1985); R. Achilles, The Social Meanings of Biological Ties: A Study of Participants in Artificial Insemination by Donor, Thèse de doctorat, Université de Toronto (1986), dont on trouvera également un résumé dans Sortir la maternité du laboratoire, *op. cit.*, note 71.

⁷⁸ Voir nos commentaires dans Filiation, parenté, identité: rupture ou continuité?, dans Sortir la maternité du laboratoire, *op. cit.*, note 71, p. 164; C. Labrusse-Riou, La vérité dans le droit des personnes, dans B. Edelman et M.-A. Hermitte (éds.), L'Homme, la nature et le droit (1988), p. 184.

⁷⁹ Au même titre d'ailleurs que l'enfant adultérin ou incestueux.

⁸⁰ Sur les études qui ont été publiées sur l'enfant adopté et le secret de ses origines, voir notre article, *op. cit.*, note 78, et la bibliographie qui l'accompagne (pp. 408 et ss.).

Il est d'ailleurs intéressant de noter que, parmi les filles qui ont été adoptées, on sait maintenant qu'il existe une forte proportion de femmes stériles (Delaisi de Parseval, *loc. cit.*, note 55, à la p. 48) et que, parmi les femmes qui se portent candidates comme mères de substitution, on en retrouve également une forte proportion qui préalablement ont déjà "donné" leur enfant à l'adoption: G. Parker, Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation and Psychiatry, *Int. J. of Law and Psychiatry* (1962), 5 (Nos. 3-4), aux pp. 341-354.

⁸¹ La référence aux travaux de Piera Castoriadis-Aulagnier, sur la genèse de la psychose, écrit G. Delaisi de Parseval, *loc. cit.*, note 55, à la p. 52, montre que l'incapacité de tenir un discours vrai sur la filiation, loin de préserver l'enfant, peut l'obliger à combler par un "pictogramme" (processus délivrant primaire) les failles, les manques du discours parental par où transparait le non-dit; voir Piera Castoriadis-Aulagnier, La violence de l'interprétation du pictogramme à l'énoncé (1981). Voir également A. Papageorgiou-Legendre, Filiation—Fondement généalogique de la psychanalyse (1990), dont les travaux s'inscrivent dans la continuité de ceux de Legendre, *op. cit.*, note 73, Leçons IV—suite 2; M. Vaquin, Les procréations artificielles entre l'inconscient et la science, *Agora*, no 9, février 1986, à la p. 661.

⁸² S. Tomkiewicz, L'insémination artificielle par donneur (IAD), dans Génétique, procréation et droit, *op. cit.*, note 66, p. 64, p. 546.

⁸³ Don et utilisation du sperme et d'ovocytes, dans Génétique, procréation et droit, *op. cit.*, note 66, pp. 569-570.

les décisions de la morale ou de la loi. Demandons à cette dernière d'assurer au maximum la liberté des différences.

Mais si l'intérêt de l'enfant ne commande pas toujours qu'on lui révèle le secret de sa naissance, ne peut-on affirmer, à la lumière de ces propos, qu'à tout le moins il a le droit qu'on ne l'interdise pas?

Il y a par ailleurs une chose que les enfants de la science ne partagent pas avec les enfants adoptés, c'est celle d'avoir été conçus sans sexualité, ce qui interroge la façon dont se constituera leur roman familial et celle dont ils vivront leur propre sexualité et leur propre parentalité,⁸⁴ un questionnement qui, selon nous, invite à la prudence plutôt qu'à la consécration du fait par le droit.⁸⁵

Il nous apparaît d'autant plus mal venu de verrouiller cette question que notre propre expérience en matière d'adoption inviterait, tout au contraire, à la laisser ouverte⁸⁶ et que certains pays permettent aujourd'hui à l'enfant d'avoir accès à ses origines. C'est le cas notamment de la Suède, où l'enfant peut connaître l'identité de ses géniteurs,⁸⁷ et de l'Australie

⁸⁴ Delaisi de Parseval, *Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi*, *loc. cit.*, note 77, à la p. 98.

⁸⁵ À côté de l'effet mécanique d'une loi, écrit Jean Carbonnier, il y a des effets psychologiques et il n'est pas sûr qu'une "loi nouvelle qui paraît donner une certaine validité à des procédés nouveaux, à des directions morales peut-être nouvelles, ne vas pas créer un effet psychologique qui la dépasse: sur ces différents points . . . il faut légiférer avec une grande prudence. Je pense qu'une certaine futurologie est nécessaire au législateur; il doit se tourner vers l'avenir puisque ces lois, du moins il se l'imagine (fantasmes?) dureront des siècles, mais il faudrait garder certaines racines historiques. Tout ne change pas aussi vite ni d'une manière aussi générale que nous le supposons dans le monde un peu artificiel où le législateur nécessairement est appelé à se mouvoir", dans *Droit de la filiation et progrès scientifique*, *op. cit.*, note 63, p. 135.

⁸⁶ Deleury, *loc. cit.*, note 78, à la p. 409. L'on pourrait reprendre ici le même commentaire que la Commission Waller faisait à l'issue de sa réflexion, dans son rapport au gouvernement australien: "Le législateur a vite fait d'effacer le lien légal entre parent génétique et enfant, mais il ne peut ignorer le droit moral de ce dernier à connaître ses origines génétiques." The Committee to Consider the Social, Ethical and Legal Issues Arising from in Vitro Fertilization, *Report on the Disposition of Embryos Produced by "in Vitro" Fertilization* (1984).

⁸⁷ SFS B4-1140 du 20 décembre 1984 (*Lag om Insemination*), entrée en vigueur le 1er mars 1985, qui confie aux établissements hospitaliers du secteur public, qui sont les seuls habilités à pratiquer la fécondation artificielle, la responsabilité de sélectionner les donneurs et qui les oblige à conserver leurs dossiers pendant au moins soixante-dix ans. L'enfant qui a atteint une maturité suffisante peut, avec l'assistance des services sociaux, obtenir communication du dossier de son géniteur. La possibilité ainsi donnée à l'enfant ne permet cependant pas d'établir entre eux des liens formels, la loi stipulant que le donneur n'a aucune obligation à son endroit (comparer avec les articles 579 et 580 du *Projet de Code civil*).

Pour une analyse de cette loi, voir G. Ewerlof, *L'insémination artificielle, législation et débat*, traduction Lydia Rousseau, *Actualités suédoises* (1985), no 329; F. Furkel, *Les procréations assistées. De l'anonymat du donneur en matière d'insémination artificielle (les politiques suivies et leurs implantations juridiques en France, en Allemagne fédérale et*

où, s'il n'a pas toujours accès à des données nominatives, il peut au moins connaître leur silhouette⁸⁸—une option qui, en outre, a le mérite de ne pas réduire l'acte procréatif à un pur geste technique et qui fait des donneurs des partenaires à la fois symboliques et discrets de la famille, des partenaires qui sont aussi responsables, et non pas des étalons.⁸⁹ Une option que nous semble également commander la *Convention internationale des droits de l'enfant*⁹⁰ dont l'article 7, qui proclame le droit pour l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux, nous semble bien poser le principe d'un droit de connaître ses origines.⁹¹

Certes, la Convention n'en fait pas un droit absolu,⁹² pas plus d'ailleurs que ne le fait notre Code civil en matière d'adoption, le droit de l'enfant se trouvant ici tempéré par le droit au respect de la vie privée de ses

en Suède), Les petites affiches, no 75, 22 juin 1990, p. 27; Lena Jonsson, Artificial Insemination in Sweden, dans *Sortir la maternité du laboratoire*, *op. cit.*, note 71, p. 148; Geneviève Delaisi de Parseval et Anne Fagot-Largeault, Le statut de l'enfant procréé artificiellement: disparités internationales, *M/S* no 9, vol. 2, novembre 1986, p. 482. Voir également pour les pays de droit allemand, E. Bernat, La procréation assistée et la recherche sur l'embryon *in vitro*. Quelques remarques sur l'état de la discussion en Allemagne et en Autriche, dans C. Buch (éd.), *Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?* (1989), p. 145, particulièrement les pages 167 et ss.

⁸⁸ *Infertility (Medical Procedure) Act, 1984*, no 10163 et *Status of Children (Amendment) Act, 1984*, no 10069.

Ici encore le lien volontaire l'emporte sur le lien biologique, le lien de filiation étant établi automatiquement avec le couple receveur. Mais lorsqu'il y a don de gamètes, le médecin doit fournir par écrit à la femme "receveuse" des informations sur le donneur, exception faite cependant de toute information identifiante. Réciproquement, l'insémination n'est possible qu'avec le consentement du donneur (et de son épouse s'il en a une), qui peut lui-même solliciter des informations sur la famille receveuse, sur le devenir des grossesses résultant de ses gamètes et sur les enfants nés de ces grossesses. Le dévoilement des identités est par ailleurs possible, en autant cependant que les deux parties y aient préalablement consenti par écrit.

Les médecins ou institutions pratiquant la fécondation artificielle sont tenus de conserver des dossiers complets sur les donneurs, les receveurs, les procédures et les résultats.

⁸⁹ Delaisi de Parseval, Le désir d'enfant par la médecine et la loi, *loc. cit.*, note 77, aux pp. 94-95. Voir également en ce sens les recommandations du Conseil du Statut de la femme, Les nouvelles technologies de la reproduction, Avis synthèse, (1989), p. 13.

⁹⁰ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution A/44/25, adoptée le 20 décembre 1989, et qui, au 31 mars 1991, était ratifiée par 75 pays. La Convention, signée par le Canada le 28 mai 1990, devrait être ratifiée, selon un communiqué du Cabinet du premier Ministre en date du 1er octobre 1990, d'ici la fin de 1991. Soulignons encore que l'article 6 engage les états signataires à respecter le droit de l'enfant à préserver son identité. Pour une analyse de la Convention, voir G. Raymond, La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance (1990), J.C.P. I, p. 3451.

⁹¹ En ce sens, voir Murat, *loc. cit.*, note 62.

⁹² L'article 7, par. 1 de la Convention se lit en effet comme suit: "L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux."

parents biologiques.⁹³ Mais il est aussi permis de penser que le tempérament dont fait mention la Convention, celui de la mesure du possible, recouvre, avant toutes choses, des situations qui ne sont ni planifiées, ni programmées, encore qu'elles puissent résulter d'un acte délibéré—l'abandon—, un acte qui n'en demeure pas moins contingent, contrairement au don de gamètes et au don d'embryon, indépendants, pour leur part, de contraintes extérieures à la volonté du sujet et qui, dès lors, n'appellent peut-être pas les mêmes réserves.

Il est vrai que le *Projet de Code civil* prévoit, après avoir posé le principe du caractère confidentiel des renseignements nominatifs relatifs à la procréation assistée, que, "lorsqu'un préjudice grave à la santé de l'enfant, majeur ou mineur, risque d'être causé à ce dernier s'il est privé des renseignements qu'il requiert, le tribunal peut permettre que l'enfant détienne ces renseignements".⁹⁴ Mais, si le mot santé peut être interprété très largement, le parallélisme qui s'impose, au plan de l'interprétation, avec les dispositions relatives au caractère confidentiel du dossier d'adoption laisse perplexe. Car, si l'on y retrouve, en effet, la même exception, on y réaffirme cependant le droit pour l'enfant adopté de connaître ses origines, tel qu'introduit en 1980 lors de la réforme du droit de la famille.⁹⁵

Si l'on peut admettre que l'aide à la procréation au sein d'un couple qui fait face à un problème d'infertilité ou d'hypofertilité, dûment diagnostiqué—ce qui cependant n'est précisé nulle part—, est légitime, ne peut-on, corrélativement, affirmer pour l'enfant le droit à ses origines? Il nous semble en effet que, dans toute cette affaire, les risques ont été évalués au bénéfice du couple infertile et, dans son sillage, celui du donneur.⁹⁶ Que devient alors le principe qui veut que "l'intérêt et le respect des droits de l'enfant doivent être la considération déterminante dans toute décision prise à son sujet",⁹⁷ ou doit-on encore comprendre que cet intérêt passe, avant toutes choses, par l'auto-protection des adultes?⁹⁸ Ne serait-il pas en outre cohérent de reconnaître aux enfants de la science les mêmes droits qu'à l'enfant adopté si l'on veut que tous les enfants dont la filiation est établie aient effectivement les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance?⁹⁹

⁹³ Rappelons en effet que l'enfant adopté ne peut avoir accès aux informations lui permettant de retrouver son père ou sa mère biologique que si ces derniers y ont préalablement consenti, et encore faut-il que lui-même soit majeur (art. 632 C.C.Q.). L'article 577 du *Projet de Code civil*, qui est au même effet, étend cependant cette possibilité à l'enfant mineur en autant que ses parents adoptifs y ont, eux aussi, consenti.

⁹⁴ Art. 583 du *Projet de Code civil*.

⁹⁵ Voir *supra*, note 93.

⁹⁶ G. Annas, *Artificial Insemination: Beyond the Best Interest of the Donor* (1979), *Hasting Center Report* 9.4.

⁹⁷ Art. 30 C.C.B.C. et art. 33 du *Projet de Code civil*.

⁹⁸ Annas, *op. cit.*, note 96.

⁹⁹ Art. 594 C.C.Q. et art. 536 du *Projet de Code civil*.

C. Quand le corps humain tombe dans le domaine public: la liberté aliénée

Alors qu'à l'article 11 du *Projet de Code civil* on réaffirme le principe posé à l'article 19.1 C.C.B.C. selon lequel "nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention", on assiste à une curieuse inversion de ce même principe lorsqu'il s'agit de l'utilisation de prélèvements effectués dans le cadre de ces mêmes soins—organes, tissus ou autres substances, peu importe—à des fins de recherche. Ici, c'est le refus qui devient volontaire.¹⁰⁰

Le don de ces substances humaines,¹⁰¹ devenu implicite, autoriserait, du même coup, leur retraitement, leur transformation et leur mise au marché. Les éléments du corps ainsi livrés à la recherche peuvent, en effet, soit être réutilisés tels que, soit être transformés en produits médicamenteux générant des profits importants,¹⁰² transformations qui peuvent parfois même déboucher sur l'obtention d'un brevet.¹⁰³

C'est le cas notamment des produits de type moléculaire. C'est le cas aussi de ce qu'on appelle communément les déchets d'opérations, y inclus les déchets d'accouchements (placenta) et, sous certaines réserves, les déchets d'avortements.¹⁰⁴

La collectivité des patients, devenue matière première, sorte "de fonds anonyme dans lequel, à moins qu'on s'y oppose, il est permis de puiser à volonté",¹⁰⁵ acquiert ainsi, par delà sa dimension sociale, une dimension économique et une fonction nouvelle, celle d'être transformée en produit fini.

On voit d'ici le raisonnement: "[l]e patient accepte les soins qu'exige sa maladie dans tous leurs aspects. Il accepte donc aussi le prélèvement. On peut alors considérer que le don... est implicite", car "le prélèvement est à fois nécessaire à coup sûr, et souvent salutaire; il fait partie de l'accord aux soins formulés *ab initio*". L'argumentation, qui a été développée par

¹⁰⁰ Article 22 du *Projet de Code civil* qui se lit comme suit:

Une partie du corps, qu'il s'agisse d'organes, de tissus ou d'autres substances, prélevés sur une personne dans le cadre de soins qui lui sont prodigués, peut être utilisée aux fins de recherche, sauf lorsque la personne concernée ou celle habilitée à consentir pour elle s'y oppose.

¹⁰¹ Qualification sans doute préférable par rapport à celle de produit, dont la connotation commerciale risque de faire oublier qu'il y a quelque chose d'humain dans son origine.

¹⁰² Le Rapport du Conseil d'État, *op. cit.*, note 4, p. 40.

¹⁰³ Ce qui fut précisément le cas dans l'affaire *Moore*, *supra*, note 3.

¹⁰⁴ Devenus précieux, si l'on en juge par l'espoir que soulève le développement de certaines thérapeutiques où l'on utilise le tissu foetal (dans le cas, par exemple, de la maladie de Parkinson), ce qui nous ramène ici encore à la question du statut du fœtus et, dans ce cas plus précis, celle de la nature des tissus utilisés: tissus humains, certes, mais doit-on les considérer selon une nature propre ou comme des tissus de la mère, selon l'âge de la grossesse?

¹⁰⁵ Hottois, *loc. cit.*, note 8, à propos du donneur.

le Comité national d'éthique dans son *Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation des cellules humaines et de leurs dérivés*,¹⁰⁶ semble bien avoir été reprise à son compte par notre législateur.

Il est vrai que, dans ces hypothèses, il n'y a pas atteinte à l'intégrité physique de la personne, sinon pour des motifs légitimes. Il est vrai également que ces résidus n'ont guère d'utilité pour le corps humain et que dans certains cas même, ils pourraient devenir toxiques s'ils n'en étaient séparés.¹⁰⁷ Mais peut-on les considérer comme des *res direlectae* alors qu'ils ont une valeur vénale, ce dont le patient n'est généralement pas informé. Car pour lui, la recherche est plus souvent synonyme d'acquisition de connaissances, de traitement nouveau, c'est-à-dire qu'elle a une connotation altruiste, ce qui exclut toute idée de lucre et d'exploitation commerciale.

Certes l'abandon fait de la chose "abandonnée" une chose sans maître. Mais c'est oublier que l'abandon s'analyse comme un acte volontaire et que si cette volonté peut être présumée, c'est lorsque, manifestement, le geste ainsi posé vise à la destruction de la chose. Il ne peut donc pas conduire, dans ces circonstances, à "la remettre dans le commerce entre particuliers par le biais d'une appropriation en tant que *res nullius*".¹⁰⁸ En ce sens on serait tenté d'affirmer, avec Jean-Christophe Galloux, que l'abandon tel que présenté prend des allures de dol,¹⁰⁹ une opinion partagée d'ailleurs par la Cour suprême de Californie qui a vu dans l'attitude des médecins-chercheurs envers John Moore un "*breach of a fiduciary duty*".¹¹⁰

Il est vrai que, dans cette même affaire, la Cour a distingué entre les prélèvements effectués sur le patient aux seules fins de recherche et de profit et ceux effectués dans le cadre de soins qui lui sont prodigués et qui, éventuellement, pourront servir à la recherche.¹¹¹

Il n'en reste pas moins que, dans l'un et l'autre cas, il y a atteinte à la liberté du patient qui, de négative, devient positive. C'est là où peut-être l'analyse des privatistes entre en contradiction avec celle des publicistes et où l'objet devient distinct du sujet, dont on affirme pourtant la transcendance.

¹⁰⁶ Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation des cellules humaines et de leurs dérivés (23 février 1987).

¹⁰⁷ Harichaux, dans Draï et Harichaux, *op. cit.*, note 12, p. 136.

¹⁰⁸ Galloux, *loc. cit.*, note 54, à la p. 1020.

¹⁰⁹ *Ibid.*, à la p. 1021.

¹¹⁰ *Supra*, note 3, aux pp. 497 et 499 (Cal. Rptr.).

¹¹¹ *Ibid.*, à la p. 499.

La liberté individuelle, pour être sauvegardée, implique un retour au volontarisme et la structure du don, dans son sens propre, permettrait d'articuler la fonction instrumentale du corps, que l'on ne doit pas non plus nier, sauf à prôner l'obscurantisme, et sa fonction symbolique.¹¹² En exigeant le consentement exprès du patient, tant sur le principe de l'utilisation que de la destination finale des substances prélevées, on rétablirait l'équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, un équilibre qui, s'il implique "la circulation de ces produits parmi la communauté des humains",¹¹³ implique aussi le respect de l'autonomie du sujet dans sa dimension corporelle.

Vu le caractère abstrait, à certains égards suspect et controversé de l'humanitarisme progressiste, écrit Gilbert Hottois, dont une ambiguïté réside dans le fait qu'il vise à la fois à soulager anonymement des souffrances individuelles et à alimenter la dynamique de la recherche et du développement biomédical, dont la finalité thérapeutique humanitaire est elle-même sujette à caution, il ne paraît pas justifié de verser de façon trop autoritaire le corps propre et ses produits dans l'espace public au nom d'une éthique collective de la solidarité progressiste: le développement de l'éthique collective peut aussi se faire dans le respect de l'éthique privée,¹¹⁴ ce qui juridiquement oblige à maintenir les éléments du corps dans l'orbite du sujet lorsqu'ils en sont détachés. Et c'est bien en ce sens que l'a compris le Conseil d'État, pour qui le corps humain et les produits qui en sont dérivés relèvent d'un ordre public qui ne peut être celui régissant les choses.¹¹⁵

Certes il peut apparaître choquant que ces substances, objet d'une cession à titre gratuit, puissent être génératrices de profits pour des tiers. Mais il faut admettre aussi que, lorsque ces substances sont transformées, "ce n'est plus un produit du corps humain, mais un dérivé sous forme de la substance fabriquée qui est mis sur le marché" et "que ce qui fait l'objet d'un prix ... c'est le travail fourni et la substance qui en résulte". Et quand bien même c'est la cellule elle-même qui est à la base de la commercialisation, "c'est quand même le travail des techniciens qui justifie pour la plus grande part l'incidence financière".¹¹⁶ On pourrait par ailleurs songer, ainsi qu'on l'a proposé, à élaborer un système permettant le

¹¹² Hottois, *loc. cit.*, note 8.

¹¹³ Hermitte, *loc. cit.*, note 1, à la p. 339. Pour une approche qui repose sur les mêmes fondements, mais qui propose une catégorisation différente, voir R.W. Marusyk et M.S. Swain, *A Question of Property, Rights in the Human Body* (1989), 21 R.G.D. 351, particulièrement aux pp. 375-378.

¹¹⁴ Hottois, *loc. cit.*, note 8.

¹¹⁵ *Op. cit.*, note 4, p. 43.

¹¹⁶ Comité national d'éthique, *op. cit.*, note 106.

versement d'une partie de ces profits au bénéfice de la collectivité, et plus précisément de la recherche.¹¹⁷

On trouverait ainsi aux deux bouts de la chaîne de l'industrialisation volontarisme et gratuité réaffirmant le symbolisme de la circulation des produits d'origine humaine entre les hommes: volontarisme du donneur conscient d'un acte positif pour la collectivité, volontarisme du législateur qui redistribue une part des profits de manière expresse et solennelle à une activité ainsi valorisée par rapport à d'autres, que cette activité soit la prévention ou la thérapie au sens étroit du terme; symbolique du don dans les deux cas, même si dans le deuxième cas, le don laisse une part de profit.¹¹⁸

Que conclure, au fil de cette analyse, sinon que le corps humain est bien tout à la fois sujet et objet, sujet dans l'expression de sa liberté, mais objet aussi quand des impératifs de santé publique sont en cause et qu'il s'infiltre dans les mécanismes du marché sous la forme de choses.

¹¹⁷ Voir en ce sens l'étude du Conseil d'État, *op. cit.*, note 4, p. 41. Voir également, dans le même sens, Hermitte, *loc. cit.*, note 1, à la p. 339, et C. Labrusse-Riou, Servitude, servitudes, dans Edelman et Hermitte, *L'Homme, la nature et le droit*, *op. cit.*, note 78, pp. 352-353.

¹¹⁸ Hermitte, *loc. cit.*, note 1, à la p. 339.